Die formellen Voraussetzungen der Klage.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität

zu Erlangen

vorgelegt von

LUDWIG WEBER

aus Mainz

Rechtspraktikant

in München

Approbiert am 2. Mai 1911.

München

Buchdruckerei Hans Riesbeck.

1911.

50

Die formellen Voraussetzungen der Klage.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität

zu Erlangen

vorgelegt von

LUDWIG WEBER

aus Mainz

Rechtspraktikant

in München

ACAD. IURID. BAT. BIBL.

Approbiert am 2. Mai 1911.

München.

Buchdruckerei Hans Riesbeck.

1911.

Referent:
Herr Universitäts-Professor
Dr. Paul Oertmann.

Meinem lieben Onkel

HERRN JUSTIZRAT RECHTSANWALT

CARL OSSWALT

IN MÜNCHEN

IN DANKBARKEIT

gewidmet.

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung.

Kapitel I.

Seite

Abweisung der Klage im gemeinen Prozessrecht 9

I. Teil.

Kapitel II.

1. Bedeutung des Ausdrucks „Klage“ in der Z.P.O. 14
2. Voraussetzungen der Klage nach § 253
a) wesentliche 15
Bezeichnung der Parteien und des Gerichts; Wirkung einer falsa demonstratio 15/17
Bezeichnung des Gerichts 17
Bestimmte Angabe des Gegenstandes und bestimmten Antrag 17/20
Grund des Anspruchs 20/22
Ladung 22/23
b) erwünschte 23

Kapitel III.

Prüfungsrecht des Vorsitzenden bezüglich der Klage 23
a) wegen materieller Mängel 24
b) wegen formeller Mängel in Bezug auf die Klage mit Ausnahme der Ladung 24

Kapitel IV.

Abweisungsbefugnis des Vorsitzenden im Kollegialgericht . . 25
a) allgemein gefasst 26
Prüfung, ob das eingereichte Schriftstück Klagecharakter hat oder nicht 28
b) 1. bei einer Klage beleidigenden Inhalts 29
Mitteilung der Terminsverweigerung 29
2. bei einer nicht ernstgemeinten Klage 30

Kapitel V.

Stellung des Vorsitzenden bei der Terminsbestimmung vor dem Kollegialgericht, anders im Amtsgericht 31
Prüfungsrecht des Amtsrichters bezüglich der Klage ohne Ladung 32

Kapitel VI.

Prüfungsrecht des Vorsitzenden bezüglich der Ladung . . . 33
a) bei Parteiladungen, nicht absolut nötig die Unterschrift des Klägers 34
Ebenso die Aufforderung gemäss § 215 kein wesentlicher Bestandteil 35

b) bei Ladungen von Amts wegen, hier Prüfungsnotwendigkeit der Zulässigkeit und Notwendigkeit, auch vor dem Kollegialgericht bei Parteiladung im Fall der fakultativ mündlichen Verhandlung Zurückweisung des Terminsantrags . . . . . Seite 36/37

Kapitel VII.

1. Keine Prüfung hinsichtlich der Prozessvoraussetzungen . . 38
2. Beispiel unzulässiger Terminsverweigerung 39
3. Zusammenfassung 40

II. Teil.

Kapitel VIII.

Bedeutung der „Muss"vorschriften in § 253 43

Kapitel IX.

Heilung der ordnungswidrigen Klage durch Verzicht oder Nichtrüge. Schicksal der ordnungswidrigen Klage bei Rüge des Beklagten 46
Ausnahme: Verbesserungsmöglichkeit des Klägers in Bezug auf den Klagegrund auch gegen den Willen des Beklagten 47
Pflicht des Richters auf eine solche Verbesserung hinzuwirken 48

Kapitel X.

Abweisung angebrachtermassen bei vollständigem Fehlen des Klagegrunds 49
Kein Nachbringen ohne Mitwirkung des Beklagten möglich . 50
Beim Fehlen des Erfordernisses nach § 215 keine Abweisung angebrachtermassen 51

Kapitel XI.

Abweisung angebrachtermassen im Versäumnisverfahren . . 51
1. bei Nichterscheinen des Beklagten; bei ungenügender Substanziierung Verbesserungsmöglichkeit, beschränkt durch § 335 Ziff. 3 . . . . . 51/52
   Dagegen Abweisung angebrachtermassen beim gänzlichen Fehlen des Klagegrundes 52
2. beim Nichterscheinen des Klägers 52

Kapitel XII.

Wirkung ex tunc bei Verbesserung in der mündlichen Verhandlung 53
Heilung ohne Mitwirkung des Gegners durch successive Zustellung, Ergänzen der Schriftstücke nicht möglich . . 53/54

Schluss.

Die verschiedenen Arten der Abweisung angebrachtermassen in der Z.P.O. 55

Literatur-Verzeichnis.

Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Zivilprozess, 7. Aufl. 1841.

Gensler, Dr. J. C., Anleitung zur gerichtlichen Praxis in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 1821.

v. Linde, Just. Thimot. Balth., Lehrb. des deutschen gemeinen Zivilprozesses, 6. Aufl. 1843.

Termineus, processus juris scripti et consuetudinis frequentioris (ohne Jahreszahl und Druckort erschienen).

Archiv f. d. ziv. Praxis, Bd. 5, 68.

Gruchot, Beiträge Bd. 24, Bd. 29.

Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, herausgegeben von Busch und Vierhaus, Bd. 3, 11, 37, 38, 27.

Kommentare von Seuffert, 11. Aufl. 1910, Gaupp-Stein, 8. und 9. Aufl. 1906/08, Struckmann-Koch, 9. Aufl. 1910.

Hellmann, Lehrbuch 1887.

Hellwig, Lehrbuch, Bd. 3, 1910.

Schmidt, Lehrbuch 1906.

Oesterreichische Zivilprozessordnung von Dr. Hugo Schauer, Wien 1898.

Nussbaum, Die Prozesshandlungen und ihre Erfordernisse, 1908

Kisch Wilhelm, Beiträge zur Urteilslehre, 1903.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543503_0090

Kapitel I.

Schon längst war es ein Grundsatz der Praxis des kanonischen Prozesses, dass ein libellus ineptus, d. h. eine ungereimte, den Vorschriften des Gesetzes nicht entsprechende Klageschrift abgewiesen werden müsse. Es bildete sich eine besondere Formel, die sich noch lange erhielt, die Formel der absolutio ab instantia. Es konnte nicht ausbleiben, dass auch die weltlichen Gerichtshöfe — Reichs- wie Territorialgerichte — eine unvorschriftsmässige Klageschrift abwiesen, anders ausgedrückt, gar nicht annahmen. Termineus, ein namhafter Schriftsteller des 16. Jahrhunderts, überliefert uns, dass damals die Gerichte zur Abweisung sich folgender Formel bedienten: „. . . . . erkennen wir, dass cleger mit seiner erhobenen clage, in massen dieselbige angestaldt nicht zu hören sey, deswegen wird auch beclagter von dem Gerichtszwang billig entbunden.“[1]) Daraus entstand die bis jetzt bekannte und gebrauchte Formel der Abweisung angebrachter Massen, von der weiter unten noch die Rede sein wird.

Bei ungereimter, d. h. verworrener, unklarer, unbegründeter Klageschrift wurde also ohne Anhörung des Beklagten die Klage sofort verworfen.

Im Lauf der Zeit begnügte sich aber die Praxis nicht mit dieser einen Formel, es bildeten sich vielmehr je nach der Art des der Abweisung zugrunde liegenden Mangels eigene Formeln, die kurz und prägnant in auch dem Laien verständlicher Form die Entscheidungsgründe schon in der Formel enthalten sollten. Ehe wir die gebräuchlichsten von diesen Formeln aufzählen, müssen wir noch des näheren in Kürze darstellen, was zu einer ordnungsmässigen Klageschrift nach gemeinem Rechte erforderlich war.

Natürlicherweise Angabe des Klägers und Beklagten, damit das Gericht überhaupt weiss, zwischen wem es Recht sprechen soll. Ferner muss das Gericht angegeben sein, von dem Kläger ein Urteil begehrt.

Was den inneren Bau der Klage betrifft, so verlangte das gemeine Prozessrecht, folgende Bestandteile:

---

[1]) Termineus: processus jur. scripti cap. XIX: et usitata formula super inepto libello haec est: erkennen wir u. s. w.

Die Geschichtserzählung. Diese muss die wesentlichen Tatsachen enthalten, die in concreto den Rechtsanspruch des Klägers begründen. Insbesondere hat der Kläger die Art des Erwerbes des von ihm behaupteten Rechts darzustellen. Bestritten[1]) war dies bei den dinglichen Klagen, den sog. actiones in rem. Die Mehrzahl, darunter fast alle Praktiker[2]) hielten auch bei den dinglichen Klagen die Angabe der causa expressa, d. i. des Erwerbsgrundes in der Klageschrift für notwendig. Es fehlte aber auch im gemeinen Recht nicht an einer Meinung, die bei dinglichen Klagen die Anführung des dinglichen Rechts für genügend erachteten. Es forderten also auch damals schon Rechtslehrer lediglich Individualisierung[3]) des Anspruchs des Klägers, nicht Substanziierung. Erstere[4]) blieben allerdings in der Minderzahl: die weitaus herrschende Meinung stand, wie schon oben erwähnt, auf dem Boden der Substanziierung.

In der Regel ist der Rechtssatz nur dann ausdrücklich zu erwähnen, wenn er im Gewohnheitsrecht oder in Privilegien enthalten ist. Dies erklärt sich aus der Erwägung heraus, dass dem Richter nicht zugemutet werden kann, jedes Gewohnheitsrecht oder Privileg zu kennen. Sonst schadet eine Nichtanführung des Rechtssatzes, auf den sich die Klage stützt, nicht; denn jura novit curia.

Endlich gehört zu einer ordentlichen Klageschrift das Prozessgesuch. Dies ist in zweifachem Sinn zu verstehen. Einmal musste Kläger zum Ausdruck bringen, ob er im ordentlichen Prozess oder im summarischen Prozess klagen wolle (formelles Prozessgesuch könnte man dies nennen); zum andern musste er darstellen, was er vom Gericht durch Urteil erstrebe (materielles Prozessgesuch).

Entsprach die Klageschrift diesen Vorschriften, dann verfügte der Richter im ordentlichen Prozess durch sog. Kommunikativdekret, dass dem Beklagten eine Klagabschrift zugestellt werde mit dem Befehle, sich innerhalb einer bestimmten Frist gegenüber der Klage zu äussern und zwar schriftlich.

Enthielt die Klageschrift Verstösse gegen die prozessualen Vorschriften, dann war ihr Schicksal verschieden je nach Art und Grösse des Mangels. Immer erfolgte Abweisung, deren Tragweite sich nach dem ihr zu Grunde liegenden

---

[1]) Vgl. Bayer Vorträge über d. gem. ordentl. Ziv.-Pr. 7. Aufl. S. 296 und 297.

[2]) So Martin Lehrb. § 144 nota d u. e (12. Aufl.) Linde Lehrb. 5. Aufl. § 152 not 6. Bayer a. a. O. S. 296.

[3]) Vgl. auch Schmidt, Lehrb. 2. Aufl. 1906 S. 391, Anm. 1.

[4]) Vertreter dieser Ansicht: Puchta und Brackenhoeft, vgl. Bayer a. a. O. S. 296.

Fehler der Klage richtete. Jetzt wollen wir uns die gebräuchlichsten Abweisungsformeln vor Augen halten.

Enthielt die Klageschrift einen derart wesentlichen Fehler, dass auch durch jede nachträgliche Verbesserung der Klage nichts geholfen werden konnte, es fehlte z. B. an einem auch nicht mehr nachzubringenden Rechtsgrunde, dann wurde die Klage definitiv abgewiesen. Es ist hier an den Fall zu denken, dass Kläger Spielschulden einklagt, das Gesetz Spielschulden aber garnicht anerkennt. Das Gericht bediente sich in einem solchen Fall der Formel:

„die Klage findet nicht statt".

Diese Formel wurde auch gewählt, wenn der Beklagte vor der Einlassung auf die Klage „schleunigst und klar beweiset, aus der von dem Kläger erzählten Tatsache, sey solche auch wahr, habe derselbe ein Klagrecht nicht erworben" z. B. durch exceptio doli.

War dagegen der Fehler nur ein solcher, dass nach seiner Verbesserung die Klage erfolgreich gestellt werden konnte, so erfolgte nur eine bedingte Abweisung. Die Klage konnte dann wieder nach Abstellung des Mangels in verbesserter Form erhoben werden.

Wohl das grösste Gebiet hat bei der bedingten Abweisung die Abweisung angebrachter Massen. Es lautet dann die Formel:

„die Klage findet in der Maasse wie sie angebracht nicht statt," oder
„in der angebrachten Maasse nicht statt," oder
„in massen sie angebracht nicht statt".

Man verwendete diese Formel einmal bei Dunkelheit, Allgemeinheit oder Unvollkommenheit der Geschichtserzählung; ferner dann, wenn die Geschichtserzählung an sich zwar deutlich ist, jedoch Tatsachen fehlen, die zur Begründung der Klage notwendig sind, z. B. der Käufer, der auf Leistung klagt, unterlässt es, der von ihm geleisteten Erfüllung zu gedenken. Endlich wird diese Formel gebraucht bei fehlerhaftem Sachgesuch, z. B. bei pluris petitio causa.

War so, wie die Geschichtserzählung des Klägers lautete, die von ihm gewählte Klage nicht zulässig, stand dem Kläger aber, die Wahrheit der Geschichtserzählung vorausgesetzt, eine andere Klage zu, so wurde die Klage mit der Formel zurückgewiesen:

„die erhobene Klage findet nicht statt."

Wurde die Klage vom Kläger zu früh gestellt, z. B. auf eine noch nicht fällige Leistung geklagt, so wurde sie „als zur Zeit" abgewiesen. Man sagte auch:

„die Klage findet zur Zeit nicht statt."

Wurde die Klage vor einem nicht zuständigen Gericht gestellt, so lautete die Abweisungsformel:

„die Klage findet allhier nicht statt."

Falls das Gericht auch durch Prorogation zuständig werden konnte, unterblieb eine Abweisung der Klage.

In allen bisher aufgezählten Fällen wurde die Klage dem Beklagten mitgeteilt, notifiziert; dagegen brauchte er sich nicht gegenüber der Klage zu äussern. Nur in einem Falle wurde dem Beklagten überhaupt keine Mitteilung von der Klage gemacht. Enthielt nämlich die Klage grobe Injurien, so wurde sie mit einer Rüge dem Kläger zurückgegeben. In diesem Falle unterblieb jede vorläufige Mitteilung an den Beklagten.

Die Möglichkeit, Klagen abzuweisen, ohne dass der Beklagte sich auf den Prozess einzulassen braucht, hat gewiss manche Vorzüge. So werden in vielen Fällen leichtsinnige und frivole Prozesse hintangehalten und Rechtsstreitigkeiten abgekürzt. Allein einen grossen Nachteil hat diese Möglichkeit immer, eine Einheit der Rechtssprechung wird unmöglich gemacht. Dem einen Richter wird z. B. eine Klage so, wie sie von dem Kläger gestellt ist, genügend begründet erscheinen, während dieselbe Klage von einem anderen Richter angebrachtermassen wegen ungenügender Substanzierung abgewiesen wird. In vielen Fällen kann der Richter ohne Anhörung des Beklagten gar nicht wissen, worauf es den Parteien ankommt. Nehmen wir das Beispiel von dem Verkäufer einer Ware, der auf Zahlung klagt, ohne in der Klageschrift der von ihm geleisteten Erfüllung zu gedenken. Der Formaljurist weist die Klage angebrachtermassen wegen dieses Mangels ab. Indes dem Beklagten wäre es garnicht eingefallen, die Erfüllung zu bestreiten; er hätte vielleicht da er inzwischen zu Geld gekommen ist, gezahlt, oder er hätte sich zu seiner Verteidigung statt des Bestreitens der Erfüllung einer viel wirksameren Einrede, z. B. der Verjährung bedient. Es kann sein, dass Kläger eben deshalb, weil er wusste, dass Beklagter die Erfüllung nie leugnen würde, der Erfüllung in seiner Klageschrift nicht gedacht hat. Es kam den Parteien lediglich darauf an, über die Verjährung einen Richterspruch herbeizuführen. Mit der Abweisung angebrachtermassen war also weder dem Kläger noch dem Beklagten gedient.

Unzweifelhaft hängen solche frühzeitige Abweisungen der Klage mit der Schriftlichkeit des gemeinen Prozesses zusammen. Bei den Prozessformen, bei denen der Schwerpunkt in der mündlichen Verhandlung liegt, ist der Richter jederzeit in der Lage, an die Parteien diejenigen Fragen zu richten, deren Beantwortung die Klage zu einer form-

gerechten macht. Die Fälle, in denen nach gemeinem Recht Abweisung angebrachtermassen erfolgte, werden hiedurch bei dem Prozess mit mündlichem Verfahren auf ein Minimum beschränkt. Denn gerade bei den von dieser Formel betroffenen Fällen ist der Richter vermöge seines Fragerechts und seiner Fragepflicht fast immer in der Lage, den prozessualen Anforderungen entsprechende Klagen zu erzielen.

In der Erkennung der unleugbaren Mängel solcher frühzeitigen Abweisungen suchte man schon im gemeinen Prozess allzu häufigen Klageabweisungen dadurch entgegenzuwirken, dass man, wenn irgend möglich dem Richter empfahl, teils selbst von amtswegen heilbare Mängel der Klageschrift zu verbessern, teils die Verbesserung unter Benennung des Fehlers dem Kläger selbst aufzutragen und auch dem Beklagten es anheim zu geben, das Begehren des Klägers mit einer wirksamen Einrede zu schlagen. Nach richtigem Gerichtsgebrauche überliess man daher die exceptio non adimpleti contractus dem Beklagten, wies die vor dem unzuständigen Richter gestellte Klage nur ab, wenn das Gericht auch durch Vereinbarung nicht zuständig werden konnte.

Erster Teil.

Kapitel II.

Nachdem wir nun in Kürze das Institut der Klageabweisung a limine im gemeinen Prozesse kennen gelernt haben, wollen wir untersuchen, ob das moderne Recht der Z.P.O., das auf dem Prinzip der mündlichen Verhandlung beruht, auch eine Abweisung a limine kennt, sodass der Richter eine Klage abweist, ohne dass der Beklagte bei Vermeidung prozessualer Nachteile sich auf die Klage zu äussern braucht.

1) Zuerst müssen wir aber die Bedeutung des Ausdrucks Klage in der Z.P.O. kennen lernen, und des weiteren was nach dem Rechte der Z.P.O. zu einer ordentlichen Klage gehört. Wir können zwei Hauptbedeutungen dieses Wortes unterscheiden. Wenn wir den § 253 Z.P.O. betrachten, so sagt dieser in seinem ersten Satz: „Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes" und in Absatz III „in der Klageschrift soll ferner der Wert angegeben sein. Wenn wir obigen ersten Satz mit anderen Worten wiedergeben, so können wir etwa sagen: „Der Kläger leitet seinen Angriff auf den Beklagten, der ihm den nach seiner Meinung zustehenden Anspruch gegen den Beklagten verwirklichen soll, ein, indem er diesen einen Schriftsatz, die sog. Klageschrift, kurz Klage genannt, zustellt."

Erhebung ist also gleich Einleitung des Angriffs, Klage ist einmal gleich dem geltend gemachten Anspruch; dieser Anspruch muss nach § 253 Ziff. 2 nach Gegenstand und Grund genau bezeichnet sein; seine Angabe bildet den eigentlichen Inhalt der Klage. In dieser Bedeutung können wir also von Klage im materiellen Sinn reden.

Der Gegensatz hiezu ergibt sich von selbst. Es ist dies die Klage im formellen Sinn im Sinne des Abs. III von § 253 Z.P.O., auch Klageschrift benannt.

Noch eine dritte Bedeutung des Wortes Klage gewinnt Heinsheimer[1]) aus § 253, indem er den Schwerpunkt seiner Betrachtungen auf die Worte „die Erhebung der Klage" legt. Darnach ist die Klage etwas fortdauerndes; die Er-

[1]) Heinsheimer in Zeitschr. f. D.Z.P. Bd. 38, S. 43, Anm. 39; vgl. ferner Hellwig Bd. III.

hebung der Klage ist nur ein Teil des bis zum Urteil sich immer wieder erneuernden klägerischen Angriffs. Dieser Angriff kann sich nach Massgabe des § 264 Z.P.O. ändern, etwas anderes zu seinem Gegenstand machen. Klage in dieser Bedeutung ist aber dann immer der bis zum Urteil aktive, gegen den Gegner gerichtete klägerische Angriff in seiner Totalität.

2) Die Voraussetzungen der Klage im formellen Sinn sind in § 253 der Z.P.O. enthalten. Es ist dies der erste Paragraph des 2. Buches der Z.P.O., das überschrieben ist: „Das Verfahren in erster Instanz", speziell „Das Verfahren vor den Landgerichten". Es muss dieser Paragraph hier stehen; denn nur im Verfahren vor den Landgerichten ist die Einreichung einer Klageschrift obligatorisch; beim Verfahren vor den Amtsgerichten kann die Klage auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden oder, was hier interessiert, an ordentlichen Gerichtstagen durch mündlichen Vortrag in der öffentlichen Gerichtssitzung erhoben werden.

Die Erhebung der Klage kann vor dem Landgericht nur durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen. Dieser Schriftsatz muss enthalten die unter Ziff. 1—3 des § 253 aufgeführten Erfordernisse; er soll enthalten die in Abs. IV aufgezählten Punkte. Die Z.P.O. unterscheidet also wesentliche, unbedingt erforderliche Bestandteile der Klage, für die sie die „Muss"form der Vorschriften der Form gewählt hat. Ferner nicht absolut notwendige, jedoch erwünschte Bestandteile der Klage, die als „Soll"vorschriften erscheinen. Erstere sind zwingende, jedoch im Interesse des Beklagten zwingende Vorschriften, die Sollvorschriften sind nur Ordnungsvorschriften, die im Interesse einer möglichst vollständigen Klageschrift ihren Grund haben.

a. Wesentliche Bestandteile der Klage sind nun die folgenden:

Einmal die Bezeichnung der Parteien; diese muss eine solche sein, „dass über ihre Identität kein Zweifel obwalten kann", eine Verwechslung mit dritten Personen also ausgeschlossen erscheint. Eine derartig genaue Bezeichnung erfolgt in der Regel dadurch, dass die Parteien in der Klage nach Namen, Stand, Gewerbe, Wohnort und Parteistellung aufgeführt werden. § 253 Z.P.O. in Verbindung mit § 130 Ziff. 1 Z.P.O. empfiehlt dies auch instruktionell für die Klageschrift. Bei Kaufleuten und Handelsgesellschaften genügt die Bezeichnung der Angabe der Firma H.G.B. § 17 Abs. 2, die Bezeichnung gemäss § 130 Ziff. 1 Z.P.O. ist aber nur der praktischste und sicherste Weg, wie man eine zweifelsfreie Bezeichnung der Parteien, die eine Verwechslung ausschliesst,

erreicht. Zu einer sicheren, zweifelsfreien Parteibezeichnung kann mehr, kann auch weniger erforderlich sein. In einer Klage gegen den Beklagten Schulze oder Lehmann in Berlin wird man um eine Verwechslung mit anderen Schulze's oder Lehmann's hintanzuhalten, nicht leicht des Guten zu viel tun können. Man wird Vorname, Zuname, Stand, Gewerbe, Wohnort, Strasse und Hausnummer, Stockwerk in der Klage anführen. Wird dann gleichwohl einem falschen Lehmann oder Schulze zugestellt, dann entsteht eine Situation, die einem Schwankdichter willkommenen Stoff bieten mag, deren rechtliche, prozessuale Beurteilung aber Schwierigkeiten macht und über die man durchaus nicht einer Meinung in der Literatur ist. [1])

Jedenfalls lässt sich sagen:

Die Mussvorschrift des § 253 Ziff. 1 ist gewahrt, wenn überhaupt zweifellos feststeht, wer in der Klageschrift gemeint ist. Man muss daher Weizsäcker [2]) zustimmen, wenn er sagt, dass es genüge, wenn beispielsweise eine Partei lediglich als Ehefrau des Schuhmachermeisters A in B bezeichnet wird oder wenn ein Schauspieler, Opernsänger etc. mit seinem Künstlernamen genannt wird.[3]) Ja, wir gehen sogar noch einen Schritt weiter und stellen uns hiemit in Gegensatz zu Weizsäcker. Sogar, wenn eine beliebige Partei — ohne Künstler zu sein — mit einem anderen, als dem ihr zukommenden Namen (der kein Pseudonym zu sein braucht) bezeichnet ist, gleichwohl aber aus der Klage zweifellos hervorgeht wer gemeint ist, so schadet dies dem Kläger nichts. Auf die Richtigkeit des Namens kommt es in einem solchen Fall nicht an. „Ist doch" — es sei mir gestattet, die treffenden Worte Oertmanns[4]) zu zitieren — „der Name nur die kurze sozusagen formelhafte Bezeichnung der gemeinten Person, auf dessen Genauigkeit solange nichts ankommt, als durch den Fehler die Individualität des zu bezeichnenden Subjekts nicht in Zweifel gerückt wird." Wenn daher der Vermieter V den Mieter M, den er auf Zahlung des Mietzinses verklagt, in seiner Klage mit X. bezeichnet, vielleicht, weil er sich so dem Vermieter gegenüber bezeichnet hatte — so ist diese Falschbezeichnung, falsa demonstratio, für den Kläger unschädlich, wenn nur aus der Klage sich ergibt, dass der M. besser gesagt, die Persönlichkeit des M. gemeint ist und die Klage dieser Persönlichkeit zugestellt worden ist. Denn

[1]) Vergl. einerseits Hellwig D. J. Z. 1906/69, anderseits Oertmann D. J. Z. 1906/735.

[2]) Ztsch. f. Z. 27/72.

[3]) So auch: L. G. Bremen in D. J. Z. 10/752. A. A. Dernburg B. R. I. § 55.

[4]) Oertmann in D. J. Z. 1906/737.

ist ihr nicht die Klage zugestellt worden, dann ist sie überhaupt nicht Partei[1]) geworden, ihr gegenüber besteht keinerlei Prozessverhältnis auch kein inkorrektes, das durch Verzicht oder Präklusion des Rügerechts geheilt werden könnte. Denn eine Nichtzustellung ist etwas anderes wie eine nur mangelhafte Zustellung, und nur letztere kann geheilt werden.

Durch die Zustellung der Klage in unserem Beispiel an M ist der richtige Beklagte getroffen, auch wenn er in der Klage X genannt ist; in ihr ist die Person des Beklagten individualisiert als die, welche innerhalb einer bestimmten Zeit bei V in Miete wohnte. Die Partei ist also trotz des unrichtigen Namens genau beschrieben, bestimmt bezeichnet. Der Irrtum, der sich lediglich auf die „formelhafte Bezeichnung" der gemeinten Person bezieht, nicht auf die Person selbst, kann und darf dem Kläger nichts schaden.

Nicht viel anders steht es mit dem von Weizsäcker[2]) angeführten Beispiel. Wenn Kläger von vorneherein die Witwe Schulze verklagen will und der ganze Zusammenhang der Klage beweist, dass nur diese gemeint ist, so schadet die Falschbezeichnung derselben als „Kaufmann Wilhelm Schulze" dem Kläger nichts, auch wenn dieser schon gestorben ist. Es kann ihm umsoweniger schaden, als ja die Witwe Schulze selbst im Geschäftsverkehr sich des Namens ihres verstorbenen Ehemannes bedient; einem Geschäftsgläubiger gegenüber würde also schon aus diesem Grunde die Witwe Schulze sich nicht auf Verstoss gegen § 253 Zift. 1 berufen können. Als Resultat unserer Betrachtungen ergibt sich also in lateinischer Kürze der Satz: „falsa demonstratio non nocet". —[3])

Ferner muss in der Klageschrift das Gericht bezeichnet sein, das tätig werden soll. Die Bezeichnung geschieht in der Praxis meist in der Form der Adresse z. B.: „An das Kgl. Landgericht München I, 7. Zivilkammer". Die Bezeichnung der Kammer ist nicht unbedingt nötig, soll jedoch die Verhandlung des Rechtsstreits von der Kammer für Handelssachen erfolgen, dann hat dies nach § 102 G.V.G. der Kläger in der Klageschrift zu beantragen.

Weiter muss die Klage enthalten die bestimmte Angabe des Streitgegenstandes, damit kein Zweifel bestehen kann, was Kläger vom Beklagten geleistet haben will, oder welches

---

[1]) a. A. Oertmann D.J.Z. 1906, Seite 739. Die nähere Begründung der hier vertretenen Ansicht kann in dem Rahmen dieser Arbeit nicht gegeben werden.

[2]) Zsch. Z.P.O., Band 27, Seite 79.

[3]) So auch Hellwig D.J.Z. 1906, Seite 69, Oertmann D.J.Z. 1906, Seite 737, Seuffert Komm. 1910, § 253 Anm. 4 A I a. f., Gaupp-Stein Komm. 1906, § 268, II 1.

Rechtsverhältnis er festgestellt wissen will, oder ob er Rechtsgestaltung begehrt. Die Z.P.O. fordert bestimmte Angabe des Streitgegenstandes und einen bestimmten Antrag; in der Regel wird der Antrag dadurch seine Bestimmtheit erlangen, dass in ihm der Streitgegenstand bestimmt angegeben wird. Der Antrag wird also regelmässig eine in Antragsform gekleidete bestimmte Bezeichnung des Streitgegenstandes sein. Er muss es aber nicht sein; so wenn der Kläger nicht die ganze Leistung fordert, sondern nur einen Teil.

Der Richter muss also nach dem Gesagten aus dem Antrag ersehen können, ob Kläger Leistung, Feststellung und Rechtsgestaltung begehrt und inwieweit. Es muss daher bei der Feststellungsklage der Antrag enthalten das Begehen der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des bestimmt bezeichneten Rechtsverhältnisses oder das Begehren der Feststellung der Echtheit oder Unechtheit der bestimmt bezeichneten Urkunde.

Der Antrag bei der Klage auf Rechtsgestaltung muss deutlich ersehen lassen, welche Aenderung einer bestimmten materiellen Rechtslage Kläger begehrt.

Am längsten nimmt uns in Anspruch die Fassung des Antrags bei den Leistungsklagen, diesen weitaus häufigsten Klagen, bei denen alles mögliche im Antrage gefordert werden kann, sowohl Verurteilung zur Leistung von körperlichen Gegenständen als auch zu Handlungen und Unterlassungen. Verlangt der Kläger vom Beklagten eine Handlung, so muss er bestimmt bezeichnen, welche Handlung Beklagter vornehmen soll.

Bei Unterlassungen — z. B. wegen Beeinträchtigung des Eigentums gem. 1004 B.G.B. — genügt ein allgemein gefasster Klagantrag, z. B. dass Beklagter verurteilt werde, sich jeder ferneren Störung des klägerischen Eigentums zu enthalten. Soll Beklagter zur Herstellung von Einrichtungen gegen übermässige Immissionen verurteilt werden, so kann hinwiederum der Kläger in seinem Antrag nur allgemein die Schaffung von Schutzvorrichtungen verlangen, nicht die Herstellung bestimmter. Denn der Anspruch des Klägers geht „nur auf die Herbeiführung des Erfolges".

Handelt es sich um Leistung von körperlichen Sachen, so muss der Antrag genau ersehen lassen, welche bestimmte Sache Beklagter an Kläger leisten soll. Kommen vertretbare Sachen in Frage, so muss die Art wie die Menge derselben bestimmt angegeben werden. Bei Geldleistung ist daher der Betrag ziffernmässig anzugeben oder er muss doch wenigstens durch die übrigen Angaben ziffernmässig berechenbar sein. Ungenügend und daher unzulässig sind infolgedessen allgemein gehaltene Anträge auf Verurteilung zur Gewährung von

„standesgemässem Unterhalt“ oder „von angemessenem“ oder notdürftigem Unterhalt; oder Anträge auf Leistung von „entsprechendem“ Schadensersatz. — Eine Ausnahme von der Bestimmtheit des Antrags macht der Natur der Sache nach § 254 Z.P.O. Unter den in diesem Paragraphen bestimmten Voraussetzungen kann die bestimmte Angabe der vom Kläger beanspruchten Leistungen vorbehalten werden, „bis die Rechnung mitgeteilt, das Vermögensverzeichnis vorgelegt oder der Offenbarungseid geleistet ist“. Ob nicht in gewissen weiteren Fällen und wenn ja, in welchen Fällen eine ziffernmässige Angabe im Klagantrage entbehrlich ist, darüber herrscht in der Literatur eine grosse Meinungsverschiedenheit. So kennt, seinem Kommentar nach zu schliessen, Seuffert gar keinen Fall, in dem eine ziffernmässige Angabe entbehrlich wäre. Im übrigen bewegt sich der Streit namentlich auf dem Gebiet der Schadensersatz- und Unterhaltsklagen. Das Reichsgericht ist in seiner Entscheidung (Verein. Z.S. vom 28. Juni 1888) Bd. 21, Nr. 75, S. 387, der Meinung, „es genüge, wenn nach dem Antrag in Verbindung mit den über den Gegenstand und Grund des Anspruchs gemachten Angaben der erhobene Anspruch in der Art individualisiert sei, dass über dessen Identität ein Zweifel nicht bestehe, und dass der Betrag durch richterliches Ermessen nötigenfalls mit Hilfe von Sachverständigen festgestellt werden könne.“

Nach der von uns vertretenen Ansicht hat der Kläger in der Regel die Schuldsumme ziffernmässig anzugeben. Ausnahmsweise ist dagegen eine ziffernmässige Angabe überflüssig und für den Richter unverbindlich. Es sind dies die Fälle, in denen das Gesetz die Bestimmung des zu leistenden Betrags eindeutig und ausdrücklich erst dem Richter zuweist. Kisch ist es, der in seinen Beiträgen zur Urteilslehre als erster uns diesen Weg weist. Und zwar kommt er zu dieser nach unsrer Ansicht befriedigenden Lösung der Kontroverse durch seine Einführung des Begriffs der festsetzenden Urteile. Er trennt diese einerseits vom konstitutiven Urteil.[1]) Dieses schafft eine neue Rechtsklage, jenes ergänzt lediglich einen bereits gegebenen Rechtszustand, anderseits aber auch vom deklarativen Urteil.[2]) Dieses deklariert lediglich „was schon von jeher vermöge der gegebenen Rechtslage geschuldet war“, jenes bestimmt erst selbst, was zu leisten ist. Festsetzende

---

[1]) Kisch Beiträge zur Urteilslehre Seite 112/II.

[2]) Am schwierigsten ist die Unterscheidung von den Fällen der deklarativen Urteile, bei denen der Richter in seinem Ermessen einen weiten Spielraum hat. Es sind dies Fälle von der Art, in welchen das Gesetz auf „Billigkeit“, „Treu und Glauben“ auf „die guten Sitten“ abstellt. Aber auch hier ist u. E. Kisch die Abgrenzung und Unterscheidung gelungen; vgl. S. 124/25 a. a. O.

Urteile sind aber nur diejenigen, bei denen das Gesetz die Bestimmung der Leistung dem Richter zuweist.[1])

In diesen Fällen aber, muss es, weil das Gesetz die Bestimmung der Leistung dem Richter und erst dem Richter zuweist, genügen, wenn Kläger in seinem Klagantrag lediglich Festsetzung des Leistungsmasses auf einen vom Richter nach billigem Ermessen zu bestimmenden Betrag verlangt.[2]) Er kann ja eigentlich keine bestimmte Höhe angeben, da diese ja vom Richter erst festgesetzt werden soll. Bezeichnet Kläger gleichwohl eine solche, so ist diese natürlich für den Richter unverbindlich und vermag diesem höchstens einen Anhaltspunkt bei der von ihm vorzunehmenden Berechnung zu geben.[3])

Abgesehen von diesen Fällen bleibt es aber bei der Regel, dass im Antrage die Schuldsumme bestimmt anzugeben ist.

Weiter muss die Klage enthalten die bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruches; das ist nach der Substanziierungstheorie den Komplex der rechtsbegründenden Tatsachen, nach der Individualisierungstheorie die allgemeine Angabe des rechtlichen Verhältnisses, aus dem der Klaganspruch hergeleitet wird. Beide Richtungen werden von hervorragenden Meistern des Zivilprozessrechts vertreten; beide Theorien sind eingehend von ihren Vertretern begründet worden. Für den Verfasser kann es sich nur mehr darum handeln, welcher Theorie er den Vorzug gibt und welcher Grund ihm für seine Wahl massgebend ist.

Wir entscheiden uns für die Substanziierungstheorie und zwar aus folgender Erwägung.

Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung des Klageschriftsatzes. Durch die Erhebung wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet. § 253, 263 Z.P.O, Soll nun der Beklagte sich richtig gegen den Klageangriff wehren können, so muss er doch schon aus der Klageschrift ersehen können, auf welchen tatsächlichen Vorgang der Kläger seine Klage stützt, was der Grund sei, weshalb er ihn eigentlich verklage. Dem allgemeinen Sprachgebrauch nach entspricht wohl zweifellos die Bezeichnung des konkreten Tatbestandes als Klagegrund. Aber auch damit ihm gegebenen Falls die Einrede der Rechtshängigkeit gleich mit der Zustellung der Klage eine brauchbare Waffe wird, muss der

---

[1]) Eine Aufzählung dieser Fälle siehe Kisch a. a. O. S. 118 c. letzter Abs.

[2]) Auch für die Kombination von Festsetzungs- und Verurteilungsklage genügt die Antragsfassung, die die Bestimmung der Schuldsumme dem Richter überlässt. Vgl. Kisch a. a. O. Seite 131.

[3]) u. A. Gaupp-Stein Komm. (1906), § 253. III, 4.

Beklagte wissen, auf weches tatsächliche Vorkommnis der Kläger sich stütze. Mit der allgemeinen Bezeichnung des Rechtsverhältnisses ist dem Beklagten nicht gedient, wenn er die Identität zweier „Streitsachen“[1]) nachweisen will. Er muss vielmehr nachweisen, dass bei beiden in Frage kommenden Prozessen derselbe konkrete Tatbestand dieselben Rechtsfolgen zeitige. Dies muss er aber doch schon mit Entstehung der Rechtshängigkeit, also mit der Zustellung der Klage nachzuweisen in Stand gesetzt sein.

Ueberlegen wir weiter: auch im modernen Prozessrecht gilt der Satz: juva novit curia, die Parteien haben die Tatsachen zu bringen, der Richter hat sichtlich zu würdigen. Bekanntlich verbietet nun die Z.P.O. die Aenderung der Klage nach Massgabe von § 264. Wenn nun der Richter nach dem vorgenannten Rechtsgrundsatz eine Klageänderung feststellen will, so muss er sagen: der von Kläger neuerdings vorgebrachte Tatbestand ergibt ein rechtlich anderes Bild als der zuerst vorgebrachte; die rechtliche Natur des zweiten Tatbestandes hat sich gegenüber dem ersten geändert. Denken wir uns diesen Vorgang nun in der ersten mündlichen Verhandlung. Wo soll der erste Tatbestand anders stehen als in der Klageschrift oder gibt es in dieser Hinsicht in der ersten mündlichen Verhandlung gegenüber der Klageschrift keine Klageänderung? Letzterenfalls wäre von der Zustellung der Klage an bis zur ersten mündlichen Verhandlung dem Beklagten jede Möglichkeit, sich auf den Klageangriff vorzubereiten, genommen. Das, worauf es ihm eigentlich ankommt, erfährt Beklagter erst in der mündlichen Verhandlung; auf diese Weise wäre die Verteidigung des Beklagten ausserordentlich erschwert. Nun dient gerade das Verbot der Klageänderung dazu, dem Beklagten die Verteidigung nicht zu erschweren, anders gesagt, den Kläger am Wechsel seiner Angriffsmittel zu verhindern.

Es muss mithin — soll nicht die Klageschrift nahezu wertlos werden — um dem Beklagten die Verteidigung zu ermöglichen, um den Kläger zu verhindern, von dem in der Klageschrift aufgestellten Streitprogramm abzuweichen, schon in der Klageschrift der wesentliche streitgegenständige Tatbestand dergestalt gegeben sein, dass Beklagter weiss, was gemeint ist. Es muss also schon in der Klage der wesentliche rechtsbegründende Tatbestand enthalten sein, wobei allerdings natürlicherweise die Beziehung auf einen Rechtsgrund, wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten hervortreten muss.

Bei dinglichen Klagen gehört demnach in die Klage-

---

[1]) Zur Darlegung einer „Streitsache“ gehört m. E. unbedingt die Anführung des historischen Tatbestandes.

schrift die Angabe des Entstehungsgrundes des dinglichen Rechts, da zur Bestimmtheit des Tatbestandes in diesem Fall auch die Angabe der Tatsachen gehört, auf die das dingliche Recht gestützt wird.

Allerdings ist dem Gebot der Substanziierung genügt, wenn die Klage soviel Klagtatsachen enthält, dass der geschilderte Tatbestand von anderen Tatbeständen juristisch unterscheidbar ist. Dies ergibt sich schon aus § 268 Z.P.O., wonach eine Ergänzung und Berichtigung der Klagtatsachen möglich ist, solange sich nicht der Klagegrund ändert, d. h. solange nicht der Tatbestand durch die neuen Tatsachen seine juristische Natur ändert. Damit ist gesagt, dass die Klage nicht alle einzelnen tatsächlichen Voraussetzungen enthalten muss.

Für den Fall der Säumnis des Beklagten ist es allerdings vorteilhaft, wenn die Klage alle zur Begründung wesentlichen Tatsachen enthält; denn nur dann bekommt Kläger anstandslos ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten. § 331, 335, Zift. 3, arg.

Eine Uebersicht über die einzelnen Vertreter der beiden Theorien siehe Hellwig Lehrb. Bd. 3 § 143, Anm. 2 auf S. 15 und Anm. 6, S. 17. Die Forderung der von uns gebilligten gemässigten Substanziierungstheorie wird vertreten von: Schmidt Lehrb. 1906 S. 390 b. Weismann Lehrb. 1903 § 19 Anm. 2 auf Seite 63, 64; Komment. von Struckmann-Koch zu § 253, S. 250 (9. Aufl.) vgl. Rümelin Civ. Arch. 88/147; Gaupp-Stein Anm. zu § 253, 268 I A.

Endlich muss die Klage enthalten die Ladung des Beklagten vor das Prozessgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites.

Anders ist es im Amtsgerichtsprozess. Hier finden Ladungen durch Parteien nicht mehr statt. Die Novelle vom 1. Juni 1909 hat mit dem Parteibetrieb gebrochen. Statt dessen erfolgt jetzt die Ladung der Parteien durch den Gerichtsschreiber. Für die vor dem Amtsgericht eingereichte Klage fällt also dieses Erfordernis des § 253 der Z.P.O. weg. Ja nicht einmal ein Antrag auf Terminsfestsetzung ist nötig; denn das Gericht ist von Amts wegen verpflichtet einen Termin anzuberaumen. Ist der Termin bei der Einreichung der Klage dem Kläger mitgeteilt worden, so braucht nur der Beklagte geladen zu werden. Die erfolgte Mitteilung an den Kläger ist zu den Akten zu vermerken § 497 Z.P.O. Nach erfolgter Terminsbestimmung erfolgt Zustellung der Klage von Amts wegen.

Bestritten ist, ob im Verfahren vor den Kollegialgerichten die Ladung die Aufforderung enthalten muss, einen beim Prozessgericht zugelassenen Anwalt zu bestellen § 215

Z.P.O. Ebenso ist bestritten, ob die Ladung bezw. die Klageschrift die Unterschrift der Partei resp. ihres Vertreters und im Anwaltsprozess die Unterschrift des Anwalts enthalten muss. Mit dieser Vorschrift ist es gerade umgekehrt wie mit der vorigen. Sie, die im Gesetz als „Soll"vorschrift erscheint, wird von vielen Rechtslehrern und Kommentatoren als wesentliches Erfordernis erachtet.[1])

Nach der hier vertretenen Ansicht sind beide zuletzt genannten Vorschriften nicht zwingend, sondern lediglich instruktionell. Ueber die Begründung siehe unten.

b. Die Klage soll enthalten den Wert des nicht in einer Geldsumme bestehenden Streitgegenstandes, wenn die Zuständigkeit des Gerichtes von diesem Werte abhängt § 253, Abs. 3. Hiemit soll dem Richter die Frage nach der Zuständigkeit erleichtert werden. Dass das Fehlen einer solchen Angabe nicht wesentlich ist, ist leicht erklärlich; denn in den meisten Fällen wird der Richter selbst den fraglichen Wert leicht bestimmen können.

Nach § 253 Abs. 4 finden endlich die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze auch auf die Klageschrift Anwendung. In Betracht kommen die §§ 130, 133. Nach diesen sollen, wenn in der Klage auf Urkunden Bezug genommen wird, eine Abschrift dieser Urkunden oder diese in Urschrift der Klage beigelegt werden. Ferner hat der Kläger eine für das Prozessgericht bestimmte Abschrift der Klage und der Klagsanlagen zugleich mit der Ueberreichung der Urschrift auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Ausserdem gehören hierher noch die oben als bestritten genannten Voraussetzungen der Klage.

Kapitel III.

Entspricht nun die Klage allen diesen Erfordernissen, dann muss der Kläger, der eine Entscheidung des Gerichts begehrt, diese Klage zum Zwecke der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung bei der Gerichtsschreiberei des Prozessgerichtes einreichen. Wir erinnern uns, dass wesentlicher Bestandteil der Klage die Ladung ist. Durch diese wird der Beklagte zu einem vom Vorsitzenden anzuberaumenden Termine zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites vor das Prozessgericht geladen. Die Termins-

[1]) Für Notwendigkeit der Unterschrift: Eccius bei Gruchot Bd. 29, Seite 5 und 7; ferner die meisten Komm. A. M. Hellmann Seite 399.

bestimmung erfolgt nach Massgabe und in Anwendung des § 261 Abs. 1 u. 2 Z.P.O. Nach erfolgter Terminsbestimmung hat dann der Kläger für die Zustellung der Klageschrift Sorge zu tragen.

Dies ist der normale Verlauf des Anfanges eines Rechtsstreites. Vorausgesetzt aber war bisher immer, dass die eingereichte Klage den Anforderungen des § 253 entspricht. Wie nun aber, wenn es hieran fehlt, wenn die Klageschrift Mängel aufweist? Hat der Vorsitzende dann um dieser Mängel willen die Terminsbestimmung, die von ihm begehrt wird, zu verweigern? Es gäbe für diesen Fall auch heute noch eine Abweisung a limine wegen formeller Mängel der Klage durch einseitige Verfügung des Richters wie im gemeinen Prozessrechte. Hat der Vorsitzende überhaupt das Recht und die Pflicht, eingereichte Klagen bei der Terminsbestimmung auf formelle oder materielle Mängel hin zu prüfen und wenn ja, wieweit geht dann dieses Prüfungsrecht?

a) Die Frage, ob der Vorsitzende wegen materieller Mängel der Klage berechtigt ist, die Terminsbestimmung zu verweigern, ist leicht zu beantworten, leicht zu verneinen. Nach heutigem Zivilprozessrechte ist eine Befugnis des Vorsitzenden, den Termin zu verweigern, wenn die Klage offenbar unbegründet ist, ausgeschlossen. Dies würde offensichtlich dem „Prinzip der Mündlichkeit" widerstreiten. Hienach ist lediglich das Vorbringen in der öffentlichen Sitzung entscheidend. Vgl. Mot. z. Z.P.O. bei Hahn, S. 235, III. Entwurf, S. 158.

b) Anders ist es mit der Frage, ob der Vorsitzende die Voraussetzungen der Klage im formellen Sinn, wie sie in § 253 niedergelegt sind, zu prüfen hat. Wir wollen diese Frage in zwei Unterfragen zerlegen und zuerst zu beantworten suchen: Hat der Vorsitzende die Klage im engeren Sinn — d. i. ausschliesslich der Ladung — auf ihre wesentlichen Bestandteile hin zu prüfen, und dann untersuchen, wie es mit dem Prüfungsrecht des Vorsitzenden hinsichtlich der Ladung selbst steht.

Die Antwort auf die erste Unterfrage dürfte verneinend lauten; wegen formeller Mängel der Klage im engeren Sinn darf der Vorsitzende die Terminsbestimmung nicht verweigern. Die Frage, ob der eingereichte Schriftsatz, in den die Ladung aufgenommen ist, den Anforderungen von § 253 entspricht, ist vielmehr vom Gericht in der mündlichen Verhandlung zu entscheiden. Nach der Z.P.O. liegt der Schwerpunkt des Verfahrens in der mündlichen Verhandlung. Hier wird dem Beklagten, in dessen Interesse die zwingenden Vorschriften über die Form der Klage erlassen sind, Gelegenheit gegeben, sich selbst gegen etwaige Mängel der Klageschrift zu rühren

Fragt es sich doch überhaupt, ob derselbe die Mängel der Klageschrift geltend machen will, ob er es nötig hat, sich zu seiner Verteidigung auf solche formelle Mängel zu berufen. Dies alles zeigt, dass das Gesetz dem Vorsitzenden keinesfalls die Möglichkeit geben will, die Terminsbestimmung wegen formeller Mängel zu verweigern und so die mündliche Verhandlung hintanzuhalten. In der dritten Begründung des Entwurfs einer Zivilprozessordnung S. 158 ist diese Absicht des Gesetzgebers deutlich zum Ausdruck gekommen, wenn es da heisst: „Eine sachliche Prüfung des Inhalts der Schriftsätze, in welche eine Ladung aufgenommen ist, zu dem Zwecke, formell oder materiell offenbar unbegründete Gesuche a limine zurückzuweisen, würde dem Mündlichkeitsprinzipe widerstreiten, da nach diesem lediglich das mündliche Vorbringen in der Gerichtssitzung entscheidend ist. Von diesem prinzipiellen Standpunkte aus erschien die Vorschrift des norddeutschen Entwurfs, dass die von einer Partei nachgesuchte Bestimmung des Termins zu einer mündlichen Verhandlung nicht verweigert werden kann, selbstverständlich und darum entbehrlich".

Kapitel IV.

Folgt nun aus obigen Gründen, dass der Vorsitzende einfach auf jedes Schriftstück, das eine Ladung enthält, ungesehen und ohne Ausnahme Termin bestimmen muss, gleichviel ob das Schriftstück im grossen und ganzen wenigstens eine Klageschrift ist oder vielleicht, um ein Beispiel Wach's[1]) zu gebrauchen, ein mit der Aufschrift „Klage" versehener Liebesbrief. Dies kann doch wohl nicht gefolgert werden. Es muss, wenn der Vorsitzende einen Termin anzuberaumen verpflichtet sein soll, eine Schrift vorliegen, die in den Bereich der streitigen Gerichtsbarkeit in Zivilsachen fällt, und die zu ihrer Erledigung einen Termin erfordert, zu dem die Parteien die Befugnis haben, zu laden. Es kann also das vorgelegte Schriftstück in jedem Punkte den Vorschriften des § 253 Z.P.O. zuwiderlaufen. Es kann gegen Ziff. 1 verstossen, indem es vielleicht nur eine Partei[2]) oder

[1]) Wach, Vorträge über die R.Z.P.O., 2. Aufl. S. 29.

[2]) Die Nichtnennung des Namens des Beklagten in der Klage im engeren Sinn berechtigt den Vorsitzenden nicht, die Terminsbestimmung zu verweigern, wohl aber die Nichtnennuug in der Ladung s. u. Damit dürfte die von Wach in dieser Richtung aufgeworfene Frage ihre Lösung gefunden haben. Vgl. auch Weizsäcker, Ztsch. für Z.P., Band 27, S. 67, Anm. 76; Wach, Vorträge S. 29.

die Parteien ganz ungenau enthält; es kann gegen Ziff. 2 verfehlt sein, indem vielleicht die Angabe des Streitgegenstandes unbestimmt und verworren ist; es kann einen bestimmten Antrag vermissen lassen. Dies alles ist ohne Einfluss; der Vorsitzende muss Termin anberaumen, da ihm eine Kognition über die vorgelegte Klageschrift nicht zusteht.

a) Wird ihm aber ein Schriftstück vorgelegt, das mit einem zivilprozessualen Anspruch im obigen Sinn (S. 25, Kap. 4, Satz 3) gar nichts gemeinsam hat als etwa die Aufschrift „Klage", so darf und wird kein Vorsitzender einen Termin anberaumen. Wenn also beispielsweise ein Liebesbrief einläuft oder eine Aufforderung zu einem Stelldichein oder Zwiegespräch (Eccius bei Gruchot XXIX, 9) oder, um ein ernsthafteres Beispiel zu gebrauchen, ein Strafantrag in den Gerichtseinlauf kommt, alles Schriftstücke, die alles mehr als ein wenn auch noch so mangelhaft gefasstes Ersuchen um Entscheidung in einem Privatrechtstreite sind, so kann der Vorsitzende keinen Termin anberaumen. Warum? Eine Klage ist gar nicht beabsichtigt, eine Klage gar nicht eingereicht; der Richter hat nicht im mindesten Veranlassung, irgendwelche prozessuale Tätigkeit vorzunehmen. Derartige Fälle sind scharf von dem oben (S. 26) angenommenen Fall zu unterscheiden, wo eine mangelhafte Klage, aber immerhin noch eine Klage vorliegt; ein Schriftstück, das die Tendenz hat, die Hilfe des Gerichts in einem zivilprozessualen Rechtsstreit anzurufen. In dem einen Fall ist überhaupt keine Klage erhoben (Fall mit dem Liebesbrief, Strafantrag), in dem andern Fall ist eine Klage erhoben, wenn gleich eine inkorrekte; die Mängel der Klageerhebung aber können, wie wir weiter unten sehen werden, geheilt werden.

Ein wahres Muster einer mangelhaften Klageschrift ist die bei Weizsäcker Ztsch. f. Z.P. 27/62 angeführte Klage eines Bäckergesellen. Es schreibt da der Kläger an das Gericht eine Postkarte: „An das Kgl. Amtsgericht in N". Auf der Rückseite der Karte steht: „Ich zeige den Bäckermeister X an, wegen Selbtsentlassung, 14 Tage Loschie und Kost, 42 Mk. J. Bäckergeselle".

Unzweifelhaft ist hier eine Klage vorhanden: der Geselle will gegen seinen Meister einen zivilprozessualen Anspruch geltend machen. Nicht die Mängel der Klage im engeren Sinn berechtigten den Richter, einen Termin nicht anzuberaumen, sondern lediglich der Mangel des Erfordernisses der Ladung, die wie wir unten sehen werden, der Richter auf ihre Form hin zu prüfen hat. Nachdem seit 1. Juni 1909 die Klage im Amtsgerichtsprozess keiner Ladung, ja nicht einmal mehr eines Antrags auf Terminsfestsetzung mehr bedarf, müsste jetzt der Richter einen Termin

anberaumen und der Geselle käme, da er die Klagtatsachen in der mündlichen Verhandlung nachbringen darf, zu seinem Recht.

Dass ein grosser Unterschied besteht zwischen den Fällen, in denen ein „Liebesbrief", „Strafantrag" einläuft, bei den also eine Klage garnicht erhoben wird, und den Fällen, wo eine mangelhafte Klage erhoben wird, aber immerhin eine Klage, übersieht Wach, der beide Fälle gleich behandeln will. Er will den Fall, in dem dem Richter eine Klage vorgelegt wird, bei der der Name des Beklagten fehlt, geradeso behandelt wissen, wie den Fall, wo dem Vorsitzenden statt einer Klage ein mit der Aufschrift „Klage" versehener Liebesbrief vorgelegt wird[1]); nämlich der Richter soll beidemale den Termin verweigern. Diese Ansicht lässt sich angesichts des von uns festgestellten Unterschieds nicht halten.

Auch Schwalbach[2]) ist der Ansicht, dass der Vorsitzende keinen Termin anberaumen dürfe, wenn dem vorgelegten Schriftstück einer der Bestandteile des § 253 Z.P.O. fehle; denn ein solcher Schriftsatz sei keine Klage im Sinne des Gesetzes. Ihm ist ebenfalls entgegenzuhalten, dass eine Klageschrift auch dann, wenn ihr der eine oder andere Bestandteil des § 253 fehlt, dennoch als eine Klage zu betrachten ist, wenn auch als eine mangelhafte, und dass eine Prüfung hierauf erst in der mündlichen Verhandlung zu erfolgen hat.

Ferner ist Eccius der Meinung, dass der Richter bei der Terminsbestimmung die Klage auf ihre wesentlichen formellen Bestandteile hin zu prüfen habe, dass er also bei Mängeln dieser Bestandteile die Terminsbestimmung zu verweigern habe. Er führt insbesonders den Fall an, in welchem dem Richter eine Klage vorgelegt wird, „in der jede Begründung des klägerischen Anspruchs verschmäht ist, die nichts enthält, was so gedeutet werden kann, dass es den Antrag begründen oder damit ein Verhältnis der Parteien, das den Antrag rechtfertigt, bezeichnet sein soll". Einer solchen Klage gegenüber müsse der Vorsitzende die Terminsbestimmung verweigern. Eccius zeigt uns sodann, wie, je nachdem der Richter ein Anhänger der Individualisierungstheorie oder der Substanziierungstheorie ist, die Entscheidung, ob eine Klage begründet ist, verschieden ausfallen muss.

Es ist richtig, dass, nachdem § 253 Z.P.O. die Angabe des Klagegrunds verlangt, dieser zweifellos ein wesentlicher, formaler Bestandteil der Klage ist. Ebenso ist aber u. E.

[1]) Wach, Vorträge 2. Aufl. S. 29.
[2]) Arch. Bd. 64, S. 273.

zweifellos, dass der Vorsitzende, wenn ihm, wie Eccius meint, die Prüfung der formalen Voraussetzungen der Klage bei der Terminsbestimmung obliegt, gerade hier bei dem Essentiale des Klagegrundes mit Notwendigkeit auf den abschüssigen Weg der Beurteilung der Klage und zur Abweisung a limine judicii gelangt. Denn wo fängt das Materielle an, wo hört das Formelle auf?

All diesen abweichenden Ausführungen gegenüber müssen wir daran festhalten: die Prüfung der Klage auf ihre formellen Bestandteile hin erfolgt erst in der mündlichen Verhandlung; hier entscheidet es sich dann, je nach dem Verhalten des Beklagten, ob die mangelhafte Klage zu einer ordnungsmässigen ergänzt werden darf, oder ob sie wegen ihrer Mangelhaftigkeit abgewiesen werden muss. Darüber siehe unten.

Wohl aber hat der Vorsitzende — und darin stimmen wir mit Eccius überein — die Terminsbestimmung zu verweigern, wenn es sich offenbar gar nicht um einen vom Zivilstreitrechte zu entscheidenden Anspruch handelt. Eccius nimmt hier den Fall an, dass in einem Schriftstück der Antrag auf Bestrafung des Beklagten gestellt wird, dass mit anderen Worten, das vorgelegte Schriftstück keine Klageschrift, sondern ein Strafantrag ist. Wir kommen zu diesem Resultat, von dem oben aufgestellten Kriterium ausgehend. Da es sich hier um ein Schriftstück handelt, das nicht in das Gebiet der streitigen Zivilgerichtsbarkeit fällt, hat der Vorsitzende keinen Termin anzuberaumen.

Dieses Ergebnis der Verweigerung der Terminsbestimmung befriedigt auch praktisch. Denn der Vorsitzende eines Zivilgerichts, der in einem solchen Fall Termin ansetzen müsste, würde eine traurige Figur spielen. Er würde wie ein Automat erscheinen, der nur dazu da ist, um auf ein Schriftstück, das eine Ladung enthält, einen Termin zu setzen, ohne dass es ihm erlaubt wäre, diese Schriftstücke auch nur einzusehen. Wenn wir bei der Normierung des Prüfungsrechtes des Vorsitzenden dahin abstellen, dass der Vorsitzende zwar zu prüfen habe, ob eine Klageschrift, wenn auch nur eine mangelhafte, überhaupt vorliegt, im übrigen aber die Klageschrift nicht zu prüfen habe, dann treffen auch die Bedenken Seuffert's in seinem Kommentar (Anm. 2 zu § 216) in unserem Falle nicht zu. Er sagt daselbst: „Die Ansicht, dass nämlich der Vorsitzende bei der Terminsbestimmung prüfen dürfe, ob der Inhalt der Klage den Erfordernissen des § 253 Z.P.O. entspreche, führt auf eine schiefe Ebene, auf der es keinen Halt mehr gibt, ehe man bei der Zurückweisung der Klage durch den Vorsitzenden a limine wegen eines prozessualen Mangels angelangt ist". Diese Befürchtung

fällt bei unserer Normierung des Prüfungsrechtes weg. Denn, wenn der Vorsitzende in seiner Prüfung soweit gelangt ist, dass er sich sagt, dies ist eine Klageschrift, gegebenenfalls ein zivilprozessualer Anspruch, dann ist er an der Grenze seines Prüfungsrechtes angelangt. Die Gefahr einer Zurückweisung a limine wegen eines prozessualen Mangels ist dann ausgeschlossen. Der Gegensatz, um den es sich bei dem Prüfungsrechte des Vorsitzenden handelt und nach dem jeweils die Terminsbestimmung zu gewähren oder zu versagen ist, ist nicht der: einerseits ordnungsmässige Klageschrift, dann Terminsbestimmung, andererseits; nicht ordnungsmässige Klageschrift, dann Terminsverweigerung. Er ist vielmehr der: einerseits ordnungsmässige oder mangelhafte Klageschrift, gegebenenfalls ein zivilprozessualer Anspruch, dann Terminsbestimmung; andererseits: überhaupt keine Klageschrift, bezw. überhaupt kein zivilprozessualer Anspruch, dann Terminsverweigerung. Es lassen sich Fälle denken, wo es zweifelhaft ist, ob das eingereichte Schriftstück noch Klagecharakter hat oder ob gar keine Entscheidung in einem bürgerlichen Rechtsstreit vom Richter begehrt wird. Dann wird der Richter Termin anberaumen. Denn eben sein Zweifel beweist, dass es immerhin möglich ist, dass der Einsender des Schriftsatzes in Wahrheit eine Klage erheben will. Im übrigen lässt sich objektiv eine sichere Grenze zwischen den beiden in Frage kommenden Kategorien nicht ziehen; handelt es sich doch jedesmal um Beantwortung einer Tatfrage. Vielmehr müssen und dürfen wir die Bestimmung dieses Unterschiedes getrost dem Ermessen des Richters überlassen; es ist hier, um mit Hellwig zu reden, mit dem verständig urteilenden Richter zu rechnen.

b) 1. Für sich allein müssen wir den Fall betrachten, dass zwar dem Richter eine ordnungsmässige Klageschrift vorgelegt wird, dass aber dieser Schriftsatz Beleidigungen enthält, seien es Beleidigungen des Gerichts, seien es solche des Gegners. Muss auch hier der Vorsitzende Termin anberaumen? Nach unseren bisherigen Ausführungen wäre er hiezu verpflichtet. Allein bei einem derartig gelagerten Fall sprechen andere Erwägungen mit, die zum entgegengesetzten Resultat gelangen lassen. Können wir im Ernst dem Richter, der zur Wahrung der Rechtspflege aufgestellt ist, zumuten, bei der Begehung einer strafbaren Handlung mitzuwirken? Dies würde er aber zweifellos tun, wenn er durch Einsetzung des Termines es dem Kläger ermöglichen würde, dem Gegner das beleidigende Schriftstück rechtswirksam zuzustellen, sodass dieser genötigt wäre, bei Vermeidung von prozessualen Nachteilen sich dem Gegner auf eine Klage hin zum Rechtsstreite zu stellen. Enthält vollends das eingereichte Schriftstück

Beleidigungen des Gerichts, so wäre es eine direkte Herabwürdigung der Rechtspflege, wenn der Richter im stummen Gehorsam gegen den Willen des Klägers verpflichtet sein sollte, auf ein Schriftstück, das ihn persönlich beleidigt, den Termin zu setzen, und dieses Schriftstück wieder aus den Händen zu lassen, damit der Kläger es dem Gegner zustelle und dieser erfahre, was man alles einem Richter gegenüber sich erlauben dürfe.

Es muss also der Richter in vorliegendem Fall die Terminsbestimmung versagen. Es ergibt sich dies aus der Anwendung des Grundsatzes, dass der Richter in keinerlei Weise angehalten sein kann und darf bei der Begehung von strafbaren Handlungen irgendwie mitzuwirken.

Wenn der Vorsitzende im besprochenen Fall die Terminsbestimmung ablehnt, dann muss er der Partei von dieser Verfügung Mitteilung machen. Einmal dürfte dies aus § 329, Abs. 3, hervorgehen. Hienach ist eine nicht verkündete Verfügung des Vorsitzenden den Parteien d. h. hier nur dem Kläger zuzustellen. Andererseits ist dies überhaupt Pflicht jeder Behörde, den Gesuchsteller, wenn sie einem ernst gemeinten Gesuch nicht Folge leistet, von der Weigerung in Kenntnis zu setzen. Das Reichsgericht hat diesem Gedanken in seiner Entscheidung Bd. 23, S. 247, Ausdruck verliehen, wenn es daselbst sagt, dass der Vorsitzende, wenn ihm die Terminsbestimmung unstatthaft erscheine, dies dem Kläger eröffnen müsse.

2. Endlich kann es vorkommen, dass dem Richter eine vollkommen ordnungsmässige Klageschrift eingereicht wird, der Einsender jedoch offenbar sich mit dem Gericht nur einen schlechten Scherz erlauben wollte. Da in einem solchen Fall eine ernsthafte Absicht, vom Gericht eine Entscheidung in einem zivilprozessualen Rechtstreit zu erlangen, trotz der ordnungsgemässen Klage fehlt, so muss der Richter, wenn er diesen Sachverhalt durchschaut, den Termin verweigern. Dieser Fall gleicht den Fällen, wo bei Gericht ein „Liebesbrief" „eine Aufforderung zu einem Stelldichein" einläuft. Hier wie dort ist eine Klageerhebung nicht beabsichtigt, sodass der Richter gar keine Veranlassung hat, sich mit dem Schriftstück näher zu befassen. Aus demselben Grunde ist er auch nicht zu einer Benachrichtigung des Einsenders nach § 329 Abs. 3 verbunden. In den Fällen mit dem Liebesbrief etc. kann der Richter vielmehr die eingelaufenen Schriftstücke in seine Kuriositätenmappe legen; er kann auch gegebenenfalls die Schriftstücke zur Grundlage eines Strafprozesses wegen Beleidigung des Gerichts machen.

Diese Ablehnung der Terminsbestimmung steht auch keineswegs in Widerspruch mit dem Satz, dass der Richter

bei der Terminsbestimmung eine Klageschrift auf ihre Formalien hin nicht zu prüfen habe. Jedoch muss er den ihm vorgelegten Schriftsatz durchlesen; das sehen wir immer deutlicher, je weiter wir in unserer Abhandlung vorwärtsschreiten. Durchzulesen hat er ihn, um die ihm nach unserer Meinung obliegende Prüfung zu vollziehen, durchzulesen, um Schriftstücke beleidigenden Inhalts hintanzuhalten.

Kapitel V.

Ueber die Stellung des Richters bei der Terminsbestimmung sagt der dritte Entwurf einer Z.P.O., dass die Mitwirkung des Gerichts zur Einleitung des Rechtsstreites eine nur formelle sei. Dies dürfte auch im Gesetz zum Ausdruck gekommen sein. Allerdings stellen wir uns dies nicht so vor, dass der Richter, um den Schriftsatz, in den die Ladung aufgenommen ist, sich garnicht zu kümmern habe; wir reden vielmehr einem Prüfungsrecht und einer Prüfungspflicht nach Massgabe obiger Ausführungen das Wort.

Damit lehnen wir ab diejenige Meinung, die dem Richter eine lediglich passive Mitwirkung bei der Terminsbestimmung zuweist. So können wir es nicht billigen, und es ist zum mindesten als irreführend zu bezeichnen, wenn neuestens Kleinfeller[1]) behauptet, dass für den Fall, dass ein Schriftsatz in der Gerichtssprache verfasst sei und eine Ladung enthalte, Termin anberaumt werden müsse. Wenn dieser Satz in seiner Allgemeinheit richtig wäre, dann müsste auch der Richter bei dem mit der Aufschrift „Klage" versehenen Liebesbrief, bei einem offenbaren Strafantrage Termin ansetzen. Wir glauben aber nachgewiesen zu haben, dass dem nicht so ist.

Andererseits sind wir der Meinung, dass diejenigen zu weit gehen, die, wie Eccius und Wach, „in der Terminsbestimmung das Moment sehen, welches die Parteiladung zu einem Akt der prozessualen Zwangsgewalt macht" oder, wie Hellwig, in der Terminsbestimmung einen wichtigen Jurisdiktionsakt sehen. Allein die Ladungen zu den Terminen erfolgen nun einmal durch die Parteien § 214 Z.P.O.; der Richter muss abgesehen von den oben erwähnten Ausnahmefällen Termin ansetzen; denn nur zum Zwecke der Terminsbestimmung werden die Klageschriften einem Gerichtsschreiber eingereicht. Angesichts dieser Tatsache, angesichts des

[1]) Ztsch. für Z.P. Bd. 37, S. 290.

Parteibetriebs kann man unmöglich davon reden, dass die Terminsbestimmung, und erst die Terminsbestimmung die Parteiladung zu einem Akt der prozessualen Zwangsgewalt mache. Ebenso scheint es übertrieben, wenn Hellwig die Terminsbestimmung einen wichtigen Jurisdiktionsakt nennt. Sachlich meinen ja die genannten Schriftsteller dasselbe.

Das bisher Gesagte gilt uneingeschränkt allerdings nur für das Verfahren vor den Kollegialgerichten mit ihrem Parteibetrieb. In ein anderes Licht wird die Stellung des Richters bei der Terminsbestimmung in dem Verfahren vor den Amtsgerichten gerückt. Hier sind es nicht nur die Parteien, welche laden, es erfolgt vielmehr die Ladung zum Termin von Amts wegen. „Ladungen durch die Parteien finden nicht statt". Es erscheint jetzt das Gericht als der aktive Faktor und daher kommt die veränderte Stellung des Richters bei der Terminsbestimmung. Hier könnte man allerdings mit Hellwig von der Terminsbestimmung als einem wichtigen Jurisdiktionsakt sprechen. Wir können dies aber gleichzeitig als argumentum e contrario verwenden für die so ganz andere Stellung des Richters im Parteibetrieb und vor dem Inkrafttreten der Novelle auch vor den Amtsgerichten. Gerade dieser jetzt durch die Novelle gebrachte Gegensatz in der veränderten Stellung des Vorsitzenden, dessen Terminsbestimmung vor den Kollegialgerichten und früher allgemein als ein Teil der Parteiladung erscheint, die er, abgesehen von dem Prüfungsrecht, innerhalb bestimmter Grenzen gewähren muss, während seine Terminsbestimmung jetzt vor den Amtsgerichten ohne Antrag von Amts wegen zu geschehen hat, zeigt uns, dass unsere Auffassung von der Mitwirkung des Gerichts als einer formellen richtig war.

Das, was wir über das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Richters bezüglich der Schriftsätze, die eine Ladung enthalten, speziell bezüglich der Klage ausgeführt haben, gilt uneingeschränkt auch für den Amtsgerichtsprozess. Eine Kognition über die Klageschrift steht dem Vorsitzenden auch hier nicht zu. Dies umsoweniger, da ja die Einreichung einer schriftlichen Klage nicht der einzige Weg zur Einleitung eines Rechtsstreits ist. Vielmehr kann die Erhebung der Klage auch ohne Terminsbestimmung an ordentlichen Gerichtstagen durch mündlichen Vortrag erfolgen, der allerdings zu Protokoll genommen werden muss, wenn die Sache strittig bleibt, § 500 Z.P.O. Endlich kann die Klage auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden, der seinerseits die von ihm aufgenommene Klage dem Vorsitzenden zur Terminsbestimmung vorlegen muss. Hier, wo kein Anwaltszwang herrscht, werden ja auch die meisten Verstösse gegen die Formalien der Klage nach § 253 Z.P.O.

an der Tagesordnung sein. Denn von dem Gesetzesunkundigen kann man eine in allen Stücken tadellose Klage unmöglich verlangen. Gerade mit Rücksicht hierauf hat ja der Gesetzgeber die Aufgabe der Klage zu Protokoll des Gerichtsschreibers und Erhebung der Klage durch mündlichen Vortrag zugelassen.

Auch die beiden anderen oben besprochenen Fälle von dem eingereichten Strafantrag und der Klageschrift mit beleidigendem Inhalt haben hier ihr eigentliches Anwendungsgebiet. Denn im Verfahren vor den Kollegialgerichten mit ihrem Anwaltszwang erscheint erster Fall ausgeschlossen und auch der zweite wird äusserst selten sein; ein Anwalt wird einen Schriftsatz der Beleidigungen des Gerichts, Schmähungen des Gegners enthält, nicht verfassen. Es wird also der Amtsrichter von dem ihm zustehenden Rechte der Terminsverweigerung Gebrauch machen und von seiner Verfügung nach § 329, Abs. 2, Z.P.O., dem Kläger Kenntnis geben. Sollten Fälle, wie das von Wach gebrauchte Beispiel mit dem Liebesbrief vorkommen, so ist der Richter nicht einmal zu einer Bekanntmachung nach § 329 verbunden.

Kapitel VI.

War bisher das Prüfungsrecht des Richters in Ansehung der Klage im engsten Sinn im Amtsgerichtsverfahren wie im Verfahren vor den Kollegialgerichten von demselben Inhalt und denselben Grenzen, so gestaltet sich das Prüfungsrecht bezüglich der Ladung verschieden, je nachdem eine Parteiladung vorliegt oder eine Ladung von Amtswegen zu erfolgen hat.

a) Wir fragen zuerst, inwieweit der Vorsitzende des Kollegialgerichtes die Ladung zu prüfen hat. Im Gesetz sind spezielle Erfordernisse der Ladung nicht vorgeschrieben. Solche Vorschriften hielt der Gesetzgeber für entbehrlich, „weil sie sich mit Rücksicht auf den Zweck der Ladung, den Gegenstand des Termins, zu welchem geladen wird, und die Person des Ladenden im einzelnen Fall von selbst ergeben.[1]) Es muss also eine Ladung enthalten, die Angabe der Person des Ladenden, des Geladenen, des Zweckes und Gegenstandes, zu dem geladen wird, die Angabe des Gerichts vor welches geladen wird, endlich die Aufforderung im angesetzten Termin zu erscheinen. Ob diese notwendigen

[1]) Vgl. Motive S. 160 bei Hahn, S. 237.

Bestandteile der Ladung vorhanden sind, hat der Vorsitzende zu prüfen. Denn auf die Ladung hin hat er den Termin zu bestimmen; diese Bestimmung ist nur seine Sache. Er hat daher sich zu überzeugen, ob die Ladung, auf Grund deren eine Terminsbestimmung verlangt wird, formgerecht ist.

Nach der Tendenz des Entwurfs, das Verfahren von entbehrlichen Formen freizuhalten, genügt es, wenn nur dem Sinne nach jenen gesetzlichen Anforderungen Genüge geschehen ist. Schon aus diesem Grunde möchten wir die Meinung, die zahlreiche Schriftsteller[1]) vertreten, für irrig halten, dass nämlich, wenn die Unterschrift des Klägers oder seines Bevollmächtigten, im Anwaltsprozess die Unterschrift eines bei Gericht zugelassenen Anwalts fehle, das Ladungsformale nicht in Ordnung sei resp. ein wesentliches Erfordernis der Klage fehle. Die Folge hievon wäre, dass der Richter deswegen die Terminsbestimmung verweigern müsse. Dass die Unterschrift von Prozess-Schriften ein notwendiges Erfordernis ihrer Rechtswirksamkeit sei, trotz der nur instruktionellen Vorschrift des § 130 Z.P.O. Ziff. 6. Diese Ansicht vertritt auch das Reichsgericht und hat sie in einer Entscheidung vom 22. März 1893[2]) eingehend begründet. Die Ausführungen des Reichsgerichts sind an sich zutreffend. Es ist zweifellos richtig, dass zwischen den vorbereitenden Schriftsätzen und den Schriftsätzen wie Klage, Berufungs- und Revisionsschriftsätzen ein grosser Unterschied ist. Eine Nichtbeachtung der Vorschriften über erstere hat Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge, § 129 Z.P.O. Anders bei den Schriften der zweiten Kategorie. Wenn schon bei den ersteren die Z.P.O. die Unterschrift für nötig erachtet, allerdings dem Charakter dieser Schriften entsprechend in „Soll"form, so müsse doch erst recht die Unterschrift bei der Klage notwendig sein, so schliesst das Reichsgericht. Allein die Z.P.O. hat betreffs der Form von Prozess-Schriften, die von prozessualen Folgen für die Parteien sind, ausdrückliche Vorschriften nicht gegeben. Hieran scheitert u. E. die Annahme, dass die Unterschrift ein Essentiale der Klage sei. Im Gegenteil hat die Z.P.O. in § 253, Abs. 4, nur ganz allgemein bestimmt, dass die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze auch auf die Klageschrift Anwendung (nur Anwendung, nicht einmal entsprechende Anwendung) finden. In § 130 Z.P.O. heisst es aber, die vorbereitenden Schriftsätze sollen die Unterschrift enthalten. Dass diese Vorschrift nach der Verweisung des § 253, Ziff. 6,

[1]) Gaupp-Stein Komm. 9. Aufl. § 253 III, 6. Struckmann-Koch 8. Aufl. Nr. 10 zu § 253; Seuffert Komm. 11. Aufl. § 253 VI, siehe überhaupt dort die Zusammenstellung der Literatur.

[2]) Entsch. d. R.G. XXXI, S. 375.

nur als „Soll"vorschrift auf die Klage herübergenommen ist, darüber kommen wir nicht hinweg. Es ist dies kein Versehen des Gesetzgebers in dem Sinn, dass er eine Vorschrift, laut deren bei der Klage die Unterschrift der Partei oder des Anwalts obligatorisch ist, übersehen hätte, in das Gesetz zu bringen; er war der Meinung, dass die Notwendigkeit der Unterschrift sich aus dem Anwaltszwang von selbst ergebe; trotz der nur instruktionellen Bestimmung des § 130, Ziff. 6, Z.P.O. erscheine die essentielle Bedeutung der Unterschrift des Anwalts so selbstverständlich, dass der Entwurf glaube, von einer diesfallsigen Vorschrift absehen zu können.

Allein einmal kommt es hier weniger darauf an, was die Verfasser nach ihrer subjektiven Meinung für notwendig erachtet haben, als darauf, was objektiv im Gesetz geschrieben steht. Warum gerade aus dem Anwaltszwang folge, dass die Klage von einem Anwalt unterschrieben sein müsse, damit man sehe, dass sie von einem Anwalt herrühre, ist auch nicht einzusehen. Nach der hier vertretenen Ansicht würde es genügen, wenn sich aus dem Umständen oder aus anderen Anzeichen mit Sicherheit ergibt, dass die Klage von einem Anwalt herrührt. Darüber kann natürlich kein Streit sein, dass die Unterschrift das Zweckmässigste ist, um darzutun, dass eine Schrift von einem Anwalt herrühre. Bestritten soll nur werden, dass dies der einzige Weg sei, ausserdem es keinen anderen Weg mehr gebe.

Es folgt aus diesen Ausführungen, dass der Vorsitzende in gewissen Fällen wegen Fehlens der Unterschrift die Terminsbestimmung nicht verweigern darf.

Endlich ist die Frage noch zu erörtern, ob die Ladung die Aufforderung einen bei dem Prozessgericht zugelassenen Anwalt zu bestellen, enthalten müsse. U. E. ist dies kein wesentlicher Bestandteil der Ladung. Das Wörtchen „muss" statuiert kein absolut unentbehrliches Erfordernis einer Ladung. Wie wir später sehen werden, kann der Beklagte, wenn er durch einen Anwalt vertreten erscheint, diesen Mangel der Ladung nicht rügen; denn der durch die Vorschrift gewollte Zweck ist ja tatsächlich erreicht. Ist der Beklagte allerdings nicht vertreten, so kann Kläger ein Versäumnisurteil nicht erwirken § 335, Ziff. 2. Diesen Nachteil bringt das Fehlen der Aufforderung mit sich. Allein, wäre die Aufforderung ein wesentlicher Bestandteil der Ladung, dann müsste die Klage angebrachtermassen abgewiesen werden. Diesen Schluss ziehen auch die Vertreter der Meinung, der hier entgegengetreten wird. Ebenso muss nach dieser Meinung die Klage abgewiesen werden, wenn der erschienene Beklagte den Mangel rügt. U. E. hat aber der Richter, da

dieses Erfordernis kein wesentlicher Bestandteil der Ladung ist, den Termin nicht zu verweigern.

b) Einen grösseren Inhalt hat das Prüfungsrecht des Vorsitzenden im Verfahren vor dem Amtsgericht. Hier ist es der Amtsrichter, der die Parteien ladet. Im Verfahren vor den Kollegialgerichten ergreifen die Parteien die Initiative zur Ladung; der Vorsitzende muss in der Regel den Termin gewähren. Die Terminsbestimmung qualifiziert sich dann als blosse Zeitangabe. Daher trifft vorerst die Beantwortung der Frage, ob der Termin zulässig sei, ob er überhaupt nötig sei, die Parteien und der Vorsitzende hat kein Recht der Prüfung hinsichtlich dieser Frage. Anders beim Amtsgericht. Da hier der Amtsrichter als ladender Teil auftritt, die Ladung als ein Akt des Gerichts erscheint, so hat er sich zu fragen, ob ein Termin zulässig, ob er nötig ist. Bei Einreichung einer Klageschrift wird diese Frage allerdings leicht zu beantworten sein; denn dann wird eine mündliche Verhandlung immer nötig sein, und auch nicht zu prüfen sein, ob ein Fall der sog. fakultativ mündlichen Verhandlung[1]) in Frage kommt. Wenn aber z. B. ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts einläuft, so muss sich der Amtsrichter in seiner Eigenschaft als Vorsitzender schon schlüssig machen, ob er mündliche Verhandlung anberaumen will oder nicht. Je nachdem bestimmt er dann einen Termin ev. entscheidet er im gegebenen Fall ohne mündliche Verhandlung.

Da auch im Verfahren vor den Kollegialgerichten in den Fällen der sog. fakultativ mündlichen Verhandlung kein Parteibetrieb herrscht, sondern für den Fall der mündlichen Verhandlung Termin von Amts wegen bestimmt wird, muss folgerichtig der Vorsitzende, falls die Partei den Gegner zur Verhandlung laden will, den nachgesuchten Termin verweigern.[2]) Anderer Meinung ist u. a. Fortenbach, der sie in Zeitschrift für Zivilprozess Bd. 8, S. 157, begründet. Allein die Begründung dürfte u. E. nicht durchschlagend sein. Unbestritten ist auch von Fortenbach, dass an sich Ladung von Amts wegen stattzufinden hätte. Wenn dies aber der Fall ist, dann kann der Ladung durch die Parteien keine Kraft beigemessen werden. Anderenfalls wäre die Wahlmöglichkeit des Gerichts illusorisch. Denn nach Fortenbach kann zwar das Gericht vor dem anberaumten Termin sich über die Wahl schlüssig machen, muss aber doch zum Termin zusammentreten und hier, wenn auch nur über die Berechtigung

[1]) Eine Aufzählung der Fälle der sog. fakultativmündlichen Verhandlung in der Z.P.O., siehe Hoffmann bei Gruchot, Bd. 24, S. 730.

[2]) Vgl. Eccius in Gruchot, Bd. 29, S. 18/19.

der Ladung, tagen. In der Praxis, in der die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung die Regel ist, wäre der Zustand der durch Durchführung der Ansicht Fortenbach's entstünde, unerträglich.[1]) Wenn Fortenbach zu seinen Folgerungen das Beispiel benützt, dass eine Partei gegen eine Entscheidung, welche nicht durch Berufung — bei der mündliche Verhandlung obligatorisch ist — sondern in Wahrheit durch Beschwerde angefochten werden kann, Berufung einlegt, und der Vorsitzende Termin trotzdem anberaumt (was nicht bestritten werden soll), so dürfte diese Folgerung nicht haltbar sein. Der Wille der Partei ist in diesem Fall auf eine Terminsbestimmung gerichtet, die an sich geboten ist. Dass sie sich im Irrtum über das Rechtsmittel befindet, ändert daran nichts. In unserem Fall aber ist der Wille der Partei auf Ladung zu einem Termin gerichtet, bei der eben eine Ladung der Partei nicht stattfinden darf. Eben deshalb kann und muss dem Willen der Partei „eine geringere Kraft zukommen". Der Vorsitzende entscheidet endlich, wenn er den Termin verweigert — und das möchte nicht zuletzt für unsere Ansicht ins Feld geführt werden — nicht darüber, ob mündliche Verhandlung stattfinden soll oder nicht, sondern darüber, ob die Parteien, zu dem Zweck, zu dem sie laden, laden dürfen oder nicht. Würde er im Falle des Beispiels mit der Berufung den Termin verweigern, so würde er sich eine Kognition darüber beilegen, ob das Rechtsmittel richtig gewählt ist oder nicht. Diese Kognition steht ihm aber nicht zu.

Ein weiterer Unterschied besteht hinsichtlich einer Ladung gegenüber Exterritorialen und Eximierten. Da im Parteibetrieb die Parteien es sind, welche laden, der Richter aber nur aus Zweckmässigkeitsgründen den Termin zu bestimmen hat, während über die Frage, ob der Geladene ein Exterritorialer ist, nur das Richterkollegium zu entscheiden hat, steht dem Vorsitzenden ein Zurückweisungsrecht wegen Ladung der fraglichen Personen nicht zu.[2])

Anders im Verfahren vor den Amtsgerichten. Hier wo der Amtsrichter von Amts wegen laden lässt, wo also die Ladung dem Geladenen gegenüber als ein Akt der Gerichtsbarkeit erscheint, übernimmt der Vorsitzende die Verantwortung für die Ladung; er hat also die Frage der Exterritorialität oder Exemptiom zu prüfen und wenn er findet, dass der Beklagte der Gerichtsbarkeit des deutschen Reiches nicht untersteht, keinen Termin anzuberaumen. Ein weitergehendes Prüfungsrecht als wie oben ausgeführt, hat auch der Amtsrichter nicht.

---

[1]) Vgl. Hoffmann in Gruchot, Bd. 24, S. 739 II.
[2]) Anderer Meinung Hellwig, Lehrb. III.

Kapitel VII.

1. Insbesondere hat weder der Vorsitzende des Kollegialgerichts, noch der Amtsrichter die sog. Prozessvoraussetzungen zu prüfen. Die Beantwortung der Frage, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, steht dem Gericht in der mündlichen Verhandlung zu.

In der Literatur ist man der verschiedensten Ansicht. So meint Eccius, dass der Vorsitzende die Parteifähigkeit des Ladenden prüfen müsse[1]), nicht aber die Prozessfähigkeit, nicht die Grundlage einer in Anspruch genommenen gesetzlichen Vertretung noch die Vollmacht eines freiwilligen Vertreters der Partei, in deren Namen geladen wird. Eccius geht bei der letzteren Annahme von der Ansicht aus, dass der falsche gesetzliche Vertreter und der falsus procurator als eigentliche klagende Partei anzusehen sei. Andernfalls, wenn man den Vertreter als Partei ansehe, müsse man eine Prüfungspflicht des Vorsitzenden dahingehend annehmen, ob eine derartige Vertretung zulässig sei.

Am interessantesten sind die Ausführungen Hellwig's in seinem Lehrbuch Bd. 3. Er behauptet, dass der Vorsitzende, da zu dem Gesuch um Terminsbestimmung auch Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit und ev. Vertretungsmacht nötig sei, wegen der allgemeinen Gültigkeit der §§ 56, 88 Z.P.O. die Terminsbestimmung zu unterlassen habe, (nicht die Klage zurückzuweisen habe, wie er ausdrücklich bemerkt), wenn das Gesuch von einem den obigen Anforderungen nicht entsprechenden Kläger gestellt werde.

Allein dem ist einmal entgegenzuhalten, dass die angeführten Paragraphen von einer Amtspflicht des Gerichts sprechen, woraus zu erkennen ist, dass entsprechend dem Mündlichkeitsprinzip der Z.P.O. die Prüfung dieser Fragen vom Gericht in der mündlichen Verhandlung zu entscheiden ist.

Ferner dürfte die gesonderte Betrachtung der Ladung des Gesuches, wie es Hellwig entsprechend seinem Standpunkt, der in der Terminsbestimmung einen Jurisdiktionsakt sieht, nennt, zu der Parteifähigkeit etc. gehöre, so ganz ohne Zusammenhang mit der Klageschrift nicht haltbar sei. Es gibt keine besondere zur Gültigkeit der Ladung erforderliche Partei- und Prozessfähigkeit und Vertretungsmacht, die gesondert ohne im Zusammenhang mit der Klage geprüft werden müsse.

Die Ladung muss vielmehr im Zusammenhang mit dem Schriftstück betrachtet werden, zu dem sie gehört, und so

[1]) S. Gruchot, Bd. 29, S. 5/6.

muss man sagen, dass die Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit und Vertretungsmacht, die zu einer richtigen Klage notwendig sind, erst in der mündlichen Verhandlung zu prüfen sind.

Plank endlich ist der Meinung, dass im Hinblick auf § 56 Z.P.O. im Verfahren vor den Amtsgerichten bei offenbarer Prozessunfähigkeit der Termin zu verweigern sei; sonstige Zweifel an der Parteifähigkeit müssten in der mündlichen Verhandlung zur Sprache gebracht werden.[1]) Im Gegensatz zu den genannten Schriftstellern schliessen wir uns der von den meisten Kommentatoren vertretenen Meinung an, dass nämlich die sog. Prozessvoraussetzungen erst in der mündlichen Verhandlung vom Gericht zu prüfen sind. Hierher gehört also auch die Frage nach der Zuständigkeit und Zulässigkeit des Rechtswegs insbesondere. Bezüglich der Zuständigkeit ist Hellwig in seinem 3. Bande[2]) seines Lehrbuchs der Meinung, dass der Vorsitzende bei offenbarer, absoluter, funktioneller und sachlicher Unzuständigkeit die Terminsbestimmung abzulehnen habe. Allein, da wir festgestellt haben, dass dem Vorsitzenden bezüglich der Prozessvoraussetzungen keinerlei Entscheidungsgewalt zustehe, können wir ihm hier nicht beipflichten und zu Gunsten obiger Zuständigkeiten eine Ausnahme machen, so sehr dies vielleicht auch zweckmässig wäre.[3]) So schlimm ist übrigens die Sache auch bei unserer Anschauung nicht: bei so krassen Unzuständigkeitsfällen ist die Sache auch im Termin in Kürze erledigt.

2. Zum Schluss möchte noch ein Fall besprochen sein, bei dem u. E. der Vorsitzende mit Unrecht die Terminsbestimmung verweigerte. Dieser Fall ist umso interessanter, als binnen weniger Tage zwei Reichsgerichtsentscheidungen ergingen, die entgegengesetzter Meinung sind. Es sind dies die Entscheidungen vom 3. Juli 1905 und die vom 12. Juli 1905, abgedr. in J.W. 1905, S. 533 und 535. Es handelt sich in beiden Fällen darum, ob nach Abschluss eines gerichtlichen

[1]) Vgl. Plank, Lehrb. Bd. I, 2, § 93, S. 81.

[2]) Lehrb. Bd. II[I], S. 6, Anm. 31.

[3]) Sehr schön hat wiederum die österreichische Zivilprozessordnung in ihrem § 230, Abs. 2, die von uns besprochenen Zweifel abgeschnitten. „Wenn der Vorsitzende der Ansicht ist, dass die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Mangels der Prozessfähigkeit oder der erforderlichen gesetzlichen Vertretung auf Seiten des Klägers unzulässig ist, so hat er die Entscheidung des Senats darüber einzuholen, ob die Tagsatzung anzuberaumen und eine Verfügung im Sinne des § 6 zu erlassen oder die Klage als zur Bestimmung der Tagsatzung ungeeignet zurückzustellen sei". Hienach wird einmal eine unnütze Terminsbestimmung hintangehalten, ebenso sehr glücklich normiert das Prüfungsrecht und die Pflicht des Vorsitzenden sowie die Art der Mitwirkung des Richterkollegiums.

Vergleichs die Nichtigkeit, die seitens einer Partei behauptet wird, in demselben Verfahren geltend gemacht werden kann, im zweiten Fall speziell darum, ob auf eine diesbezügliche Ladung hin, der Vorsitzende Termin ansetzen müsse. Die spätere Entscheidung lässt für den Fall, dass die Nichtigkeit noch nicht entschieden ist, kein weiteres Verfahren zu und gibt dem Vorsitzenden Recht, der in einem solchen Fall den Termin verweigert. Ob ein Verfahren möglich sei für den Fall, dass die Nichtigkeit des Prozessvergleichs von Anfang an feststehe, lässt der Senat dahingestellt. Für den Bejahungsfall würde er also dem Vorsitzenden eine Entscheidungsgewalt bei der Terminsbestimmung geben, die sicher „keine Uebertreibung des aus § 216 zu entnehmenden Grundsatzes wäre". Denn er hätte die Entscheidung darüber, ob der Vergleich von Anfang an nichtig sei oder ob dies zweifelhaft sei, und müsste hienach seine Terminsbestimmung einrichten. Aber auch so, wie die Entscheidung vom 12. Juli positiv lautet, dürfte sie nicht haltbar sein. Der schwebende Rechtsstreit wird doch wohl, wie die erste Entscheidung treffend bemerkt, nur dann endgiltig beendigt, wenn der Vergleich formell und materiell giltig ist. Der anfechtende Gegner muss also im Verfahren des schwebenden Rechtsstreites berechtigt sein, eine Entscheidung des Gerichts darüber zu verlangen, ob der Rechtsstreit durch den Vergleich in Wirklichkeit beendet wurde oder nicht. Diese Argumentation des ersten Urteils ist u. E. durchschlagend. Wenn das zweite Urteil u. a. dagegen meint, dass für den Fall, dass das Vorbringen einer Partei sich als unwahr erweise, wegen giltigen Vergleichs ein Verfahren zugelassen worden sei in einem Falle, wo doch der Prozess durch den endgiltigen Vergleich erledigt sei, so kann man ebensogut einen gegenteiligen Fall anführen, wo durch Nichtzulassung einer weiteren Verhandlung das Verfahren durch einen nichtigen Vergleich tatsächlich beendet wurde, wo doch eigentlich ein weiteres Verfahren zulässig gewesen wäre. Dieser Einwand ist also irrelevant, denn es soll ja erst herausgebracht werden, ob der Vergleich giltig ist oder nicht. U. E. darf daher der Vorsitzende in einem solchen Falle nie den Termin verweigern, da eine sachliche Prüfung, ob ein Vergleich den Prozess endgültig beendet hat, durch den Vorsitzenden unzulässig, ja oft unmöglich ist.

Weitere Fälle unzulässiger Ablehnung s. bei Seuffert I, 310 und Gaupp-Stein I, 482.

3. Alle bisherigen Ausführungen über das Prüfungsrecht des Vorsitzenden bei der Terminsbestimmung haben deutlich gezeigt, dass eine Abweisung der Klage durch einseitige Verfügung des Richters wegen formeller oder gar materieller

Mängel der Klage im engeren Sinne, ohne dass ein Termin bestimmt werden müsste, unmöglich ist. Es ist dies eine Folge des in unserem Prozess herrschenden Mündlichkeitsprinzips. Lediglich Mängel des Ladungsformale berechtigen den Richter zur Terminsverweigerung. Insofern und nur insofern gibt es auch heute noch eine Abweisung der Klage a limine, da nach der Z.P.O. die Ladung zum Klageschriftsatz notwendig gehört. Die Ausnahmen, von dieser Regel die mit Ausnahme der Injurien enthaltenden Klage nur scheinbare Ausnahmen sind[1]) haben wir oben aufgeführt und u. E. auch gerechtfertigt. Sie lassen sich mit den Bestimmungen der Z.P.O. in Einklang bringen und sind auch zweifellos rechtspolitisch durchaus zweckmässig und zu billigen.

Will man aber ein Zurückweisungsrecht des Vorsitzenden wegen Formmängel, zu denen auch ungenügende Begründung und Unschlüssigkeit gehören, schon bei der Anbringung der Klage statuieren, so muss man es wie der Gesetzgeber der österreichischen Zivilprozessordnung machen, der ein solches Recht des Vorsitzenden durch § 48 ff., 226, ausdrücklich bestimmt. Hienach hat der Senatsvorsitzende (§ 84, Abs. 3) von Amts wegen die Beseitigung von Formgebrechen anzuordnen und kann dem Kläger den Klageschriftsatz mit der Anweisung zur Behebung der gleichzeitig zu benennenden Formgebrechen zurückgeben, binnen einer anzuberaumenden Notfrist zurückgeben. Die während dieser Frist verbesserte Klage ist „als am Tag ihres ersten Einbringens überreicht anzusehen", während die später angebrachte verbesserte Klage erst mit dem Tage ihrer Einbringung als erhoben gilt. Vor dem Bezirksgericht hat der Richter dem Kläger selbst die nötige Anleitung zur Verbesserung der Klage zu geben, wenn die Partei nicht von einem Advokaten vertreten ist und die Klage einer juristischen Korrektur bedarf[2]) § 435.

Ein Analogon aus dem deutschen Rechte ist die Zwischenverfügung des Grundbuchrichters gemäss § 18 G.B.O., wonach der Grundbuchrichter, wenn dem Vollzug einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht, dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses bestimmt. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist ist sodann der Antrag zurückzuweisen.

---

[1]) Denn bei ihnen handelt es sich um gar keine Klagen.

[2]) Vgl. die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, herausgegeben von Franz Leske und Dr. Löwenfeld, Bd. 3, Teil 1, Seite 177.

Daraus, dass der österreichische Gesetzgeber das Zurückweisungsrecht des Vorsitzenden ausdrücklich normiert, ist u. E. zu ersehen, dass auch er der Meinung war, dass dies nach dem Prinzip der mündlichen Verhandlung, das auch in der österreichischen Zivilprozessordnung herrscht, nicht selbstverständlich ist, sondern als eine Ausnahme, die auf den Prozess mit schriftlichem Verfahren zurückgeht, ausdrücklich zu erwähnen ist. Wir sehen also auch hierin eine Bestätigung der von uns vertretenen Meinung über das Prüfungsrecht des Vorsitzenden.

Zweiter Teil.

Kapitel VIII.

Aus den bisherigen Ausführungen geht hervor, dass auch ein Verstoss gegen die in § 253 Z.P.O. als „Muss"-vorschrift enthaltenen Erfordernisse der Klage den Vorsitzenden nicht berechtigen, die Terminsbestimmung zu verweigern. Die Tragweite der „Muss"svorschrift gegenüber den „Soll"-vorschriften zeigt sich erst in der mündlichen Verhandlung. Bezüglich des Wertes und der Bedeutung des Wortes „muss" in der Z.P.O. insbesondere auch in § 253 haben sich zwei entgegengesetzte Meinungen gebildet. Die eine derselben besagt, dass die in § 253 in Mussform eingekleideten Vorschriften absolut wesentliche Erfordernisse der Klage seien, deren Vorhandensein von Amts wegen geprüft werden müsse ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien. So vor allem Pitting Zeitschr. f. Z.P. Bd. 11, S. 31 ff. Die andere, herrschende Meinung, die auch vom Reichsgericht vertreten wird, sieht in den Mussvorschriften des § 253 nur relativ wesentliche Erfordernisse; ein Verstoss gegen diese unterliegt nach dieser Meinung dem Verzicht des Beklagten, sodass derartige Mängel durch Verzicht bezw. Nichtrüge nach § 295 Z.P.O. geheilt werden können. Wir schliessen uns der letzteren Meinung an.

Fitting führt als ersten Grund der von ihm vertretenen Meinung an, dass die entgegengesetzte Meinung unabweislich zu dem Satze dringen müsste, dass die Parteien kraft Uebereinstimmung auch im Anwaltsprozess ohne jede schriftliche Klageerhebung zur Verhandlung des Rechtsstreits vor Gericht erscheinen könnten; dies würde aber sicher dem Gesetz widerstreiten. Das letztere ist richtig; kann aber auch nach der von uns vertretenen Meinung nicht eintreten. Ohne vorgängige Ladung kann die Erhebung der Klage nur im Amtsgerichtsprozess erfolgen. Kämen daher im Anwaltsprozess zwei Parteien ohne dass der Kläger einen vom Gericht bestimmten Termin erwirkt hätte, so könnte aus obigem Grund das Gericht garnicht tätig werden. Hat aber der Kläger vom Gericht einen Termin erwirkt, so hat er zum mindesten dem Vorsitzenden eine formgerechte Ladung vorgelegt; denn sonst hätte er auf keinen Fall einen Termin

bekommen. Ein schriftlicher Akt muss also stattgefunden haben, damit es überhaupt zu einer Verhandlung kommen kann.

Für völlig ausschlaggebend hält Fitting aber folgende Beweisführung: weil nach § 589 Z.P.O. das Gericht gegenüber einer Restitutionsklage von Amtswegen zu prüfen habe, ob die Klage statthaft und ob sie in der gesetzlichen Frist erhoben sei,

weil, ausser den in § 587 getroffenen Vorschriften auch die allgemeinen Vorschriften über die Erhebung der Klage nach § 585 Anwendung fänden, sodass also auch hier die Erhebung der Klage durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolge, der als wesentlichen Bestandteil neben den anderen allgemeinen Bestandteilen die in § 587 enthaltenen Stücke enthalten müsse,

so könne nach der mitgeteilten Vorschrift des § 589 kein Zweifel sein, dass das Vorhandensein aller dieser Erfordernisse zu prüfen sei und bei dem Mangel auch nur eines von diesen die Klage als unzulässig zu verwerfen sei; es bestehe aber doch kein denkbarer Grund, warum gerade bei diesen Klagen der Mangel eines der sich aus § 253 ergebenden Erfordernisse eine andere und weitertragende Bedeutung haben solle, als bei jeder Klage; andererseits treffe die Erwägung auf der die Vorschrift des § 589 beruhe, auch bei jeder anderen Klage zu;

folglich müsse im Sinn des Gesetzes die Vorschrift von § 589 auf jede Klage zur Anwendung kommen.

Unrichtig dürfte vor allem die Behauptung Fitting's sein, dass kein denkbarer Grund bestehe, warum gerade bei der Restitutionsklage ebenso bei der Nichtigkeitsklage der Mangel eines sich aus § 253 ergebenden Erfordernisses eine weitertragende Bedeutung habe, als sonst.

Die Nichtigkeits- und Restitutionsklage ist mit den Rechtsmitteln verwandt. Die unter dem Titel „Wiederaufnahme des Verfahrens" in der Z.P.O. erscheinenden Klagen entsprechen den sog. ausserordentlichen Rechtsmitteln des gemeinen Rechts. Bei den eigentlichen Rechtsmitteln schon erscheint die Offizialmaxime angebracht. Handelt es sich hier doch nicht mehr um die Einleitung eines Rechtsstreites, des ersten Rechtsstreites, sondern um eine Nachprüfung, die über einen schon durchgeführten Rechtsstreit erging, vor der Rechtskraft dieser Entscheidung. Einem Mangel in einem Schriftsatz, der eine solche Nachprüfung veranlassen soll, darf man doch wohl eine weitergehende Bedeutung zuweisen, als einem Mangel, in einer gewöhnlichen Klage. Ist dies unbestritten, so gilt diese Erwägung noch viel mehr für die Restitutions- und Nichtigkeitsklage. Diese suchen die

Wirksamkeit eines rechtskräftigen Urteils zu beseitigen, leiten aber zu dem noch ein neues, selbständiges, prozessuales Verfahren ein. Warum bei solcher Sachlage „der Mangel eines sich aus § 253 ergebenden Erfordernisses eine andere und weitergehende Bedeutung nicht haben solle", ist einfach nicht einzusehen. Im Gegenteil, der Unterschied zwischen den Restitutions- und Nichtigkeitsklagen und einer gewöhnlichen Klage ist so markant, so in die Augen fallend, dass erstere geradezu eine andere Behandlung fordern und einem Verstoss gegen die Formvorschriften bei ersteren eine viel tiefergehende Bedeutung beigelegt werden muss, als einer gewöhnlichen Klage.

Damit ist auch erwiesen, dass der Analogieschluss Fitting's unmöglich ist; die Tatsache, dass bei den Rechtsmitteln und den Restitutions- und Nichtigkeitsklagen Prüfung von Amtswegen vorgeschrieben ist, zwingt bei der grossen Verschiedenheit dieser Klagen bezw. Rechtsmittel von den gewöhnlichen Klagen zu dem Schlusse, dass bei den letzteren keine Prüfung der formellen Erfordernisse eintreten solle. Nur als argumentum e contrario dürfen wir die Vorschrift über die Prüfung von Amts wegen bei den Rechtmitteln und und Wiederaufnahmeklagen verwenden. Wenn Fitting dagegen sagt, dass die Vorschrift in § 589 zu einem argumentum e contrario sich nicht eigne, da auch bei der Klage zur Anfechtung eines Ausschlussurteils im Aufgebotsverfahren und bei der Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs nach Erlassung eines Vollstreckungsurteils eine Prüfung von Amts wegen stattfinde, obwohl dies in der Z.P.O. nirgends ausdrücklich vorgeschrieben sei, so beweist dies nichts gegen unsere Meinung, eher für dieselbe. Eben weil diese Klagen den Wiederaufnahmeklagen nachgebildet sind und einen rechtsmittelartigen Charakter haben,[1]) ist die Ausdehnung der Prüfungspflicht von Amts wegen auf diese Klagen per analogiam nur statthaft. Im übrigen aber ist der Analogieschluss unstatthaft. Denn man darf doch nicht sagen: weil bei diesen von den gewöhnlichen Klagen sich scharf unterscheidenden Klagen eine Prüfung von Amts wegen vorgeschrieben ist, ist sie auch bei den gewöhnlichen Klagen nötig. Der umgekehrte Schluss wäre vielmehr richtig: vorausgesetzt, dass bei den gewöhnlichen Klagen Prüfung von Amts wegen vorgeschrieben wäre, bei den Rechtsmitteln und Wiederaufnahmeklagen aber nicht, dann dürfte man folgenden Schluss ziehen: hat schon bei den gewöhnlichen Klagen die Z.P.O. die Prüfung von Amts wegen für nötig erachtet, um wievielmehr ist sie dann am Platze bei den Rechtsmitteln und Wiederaufnahmeklagen.

[1]) Vgl. Seuffert, Komm. Anm. 2 zu Abs. 2 von § 957 Z.P.O.

Wir glauben im Vorhergehenden nachgewiesen zu haben, dass die von Fitting vertretene Ansicht nach der die in § 253 Ziff. 1—3 Z.P.O. geforderten Stücke der Klage absolut wesentlich und unverzichtbar seien, sich nicht halten lässt. Vielmehr sind diese nur relativ wesentlich und unterliegen dem Verzicht des Beklagten.

Kapitel IX.

Wenn wir sagen, die Vorschriften des § 253, Ziff. 1—3 Z.P.O. sind relativ wesentlich, so wollen wir damit folgendes ausdrücken:

Durch Zustellung einer formwidrigen Klage ist zwar ein Prozessverhältnis zwischen Kläger und Beklagten zu Stande gekommen, allein die Klageerhebung ist wegen der Mängel der Klageschrift inkorrekt. Sie bietet dem Gegner günstige Angriffspunkte, die der Beklagte nur zu benutzen braucht, um einen Richterspruch zu erzielen, der die Klageerhebung für ungiltig und unwirksam erklärt. Verzichtet der Beklagte allerdings auf die Befolgung der Vorschriften des § 253 Z.P.O. oder rügt er deren Verletzung nicht gem. § 295 Z.P.O., so ist die Klageerhebung vollwirksam und unangreifbar. Wenn aber der Beklagte erscheint und die Mängel der Klageschrift rügt,[1]) dann muss das Gericht die Klage auf ihre formellen Erfordernisse hin prüfen, muss sich überzeugen, ob eine ordnungsmässige Klage dem Gegner zugestellt worden ist. Findet das Gericht die Rüge des Beklagten berechtigt, dann muss es die Klage durch Prozessurteil, d. i. durch Urteil angebrachtermassen abweisen.[2])

Anderer Ansicht ist neuestens Nussbaum,[3]) der bei Zustellung einer mangelhaften Klage Anträge auf Verhandlung oder Entscheidung durch Beschluss zurückgewiesen haben will, „da das Gericht rechtlich mit der Sache gar nicht befasst worden sei". Diese Ansicht dürfte u. E. nicht haltbar sein.

Ein Prozessverhältnis ist vorhanden, das Gericht ist mit der Sache befasst. Unsicher und ungewiss allerdings ist es, ob das Gericht eine Sachentscheidung fällen kann oder ob es nur durch Prozessurteil die Klage abweisen muss.

[1]) Von prozessualer Verteidigung im Gegensatz zur materiellen Verteidigung spricht hier Weismann, Lehrb. 1903, S. 367, III. Abs.
[2]) Vgl. Weismann a. a. O. I. Abs.
[3]) Nussbaum: Die Prozesshandlungen 1908, S. 79 ff.

Dass auch durch Zustellung einer mangelhaften Klage ein Prozessverhältnis entsteht, dass die Rechtshängigkeit nicht von allen Prozessvoraussetzungen abhängt, geht wie Hellwig, Lehrb. Bd. II, S. 24 zeigt, aus den §§ 276, 505 Z.P.O. „bei deren Anwendung die Rechtshängigkeit fortdauert".[1])

Auch in unserem Fall ist demnach ein Prozessverhältnis entstanden; die Klage ist rechtshängig geworden. Es hat das Gericht auf die Rüge des Gegners hin zu prüfen, ob die Klage den Erfordernissen des § 253 Z.P.O. entspricht oder nicht. Letzterenfall hat es das Prozessverhältnis wieder zu lösen und zwar, da der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist, durch Endurteil nach § 300 Z.P.O. Dieses Urteil ist Prozessurteil, da es lediglich die Klageerhebung für ungiltig erklärt und daher eine Sachentscheidung ablehnt. Es ist daher nach § 322 Z.P.O. der Rechtskraft nicht fähig.

Unsere Ansicht ist also: bei formellen Mängeln der Klage Abweisung der Klage durch Urteil angebrachtermassen. Damit haben wir uns der herrschenden Meinung angeschlossen. Siehe den Literaturnachweis bei Nussbaum a. a. O. S. 80 Anm. 11.

Dies ist der leitende Grundgedanke. Eine Ausnahme und zwar eine sehr wichtige müssen wir machen bei einer Klage, die gegen die Vorschrift des § 253 Ziff. 2 verstösst d. h. wenn sie nicht genügend die bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs enthält. Zu dieser Ausnahme bringt uns die Vorschrift des § 268 Ziff. 1, der eine Ergänzung und Berichtigung der tatsächlichen Anführungen ohne Aenderung des Klagegrundes nicht für eine Klageänderung ansieht. Nach § 264 Z.P.O. ist eine Klageänderung nur zuzulassen, wenn der Beklagte einwilligt oder nach dem Ermessen des Gerichts die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird. Also bedarf eine Ergänzung der tatsächlichen Anführungen, die keine Klageänderung ist, nicht der Einwilligung des Beklagten. Nun ist aber eine Ergänzung und Berichtigung der tatsächlichen Anführungen nichts anderes, als eine Ergänzung, Verbesserung der in § 253 Ziff. 2 geforderten Klagtatsachen, die in ihrer Gesamtheit den Klaggrund ausmachen. Ist dies alles unbestritten, so bedarf also der Kläger der in Beziehung auf den Klagegrund seine lückenhafte oder unrichtige Klage verbessern will, nicht der Mitwirkung des Beklagten.

Obliegt nun diese Verbesserung in erster Linie dem Kläger, so hat umgekehrt der Vorsitzende des Gerichts die Pflicht und das Recht darauf hinzuwirken, dass ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzt werden.

---

[1]) Weismann, Lehrb. S. 371, III.

Diese Pflicht, die der Richter gemäss § 139 Z.P.O. zu erfüllen hat, ist eine Errungenschaft und notwendige Folge des in der Z.P.O. geltenden Mündlichkeitsprinzips. Bei der Schriftlichkeit des alten, gemeinrechtlichen Prozesses und dem Mangel eines richterlichen Fragerechts musste der damalige Richter, da er eine Klarstellung der ungenügenden Angaben der Klagtatsachen nicht herbeiführen konnte, wegen ungenügender Substantiierung auf Abweisung in angebrachter Art erkennen. Es war dies im gemeinen Prozess als unbestrittenes Gewohnheitsrecht anerkannt[1]) und es war, wie eingangs erwähnt, die Formel der Abweisung in angebrachter Art am häufigsten verwendet gerade für den Fall der ungenügenden Substantiierung. Nach dem Rechte der Z.P.O. ist infolge des richterlichen Fragerechts und der Fragepflicht für eine Abweisung in angebrachter Art kein Raum. Hiefür hat sich die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller, sowie das Reichsgericht[2]) ausgesprochen. In Erfüllung dieser Fragepflicht muss der Vorsitzende auf eine Ergänzung und Verbesserung innerhalb der Grenzen des § 268, Ziff. 1, dringen. Aus dieser Fragepflicht ist eine wichtige Konsequenz zu ziehen. Kann oder will der Kläger eine genügende Substantiierung der Klagtatsachen nicht angeben, so muss der Richter annehmen, dass die Klage überhaupt nicht besser zu substanziieren sei, und darf nicht mehr auf Abweisung angebrachtermassen erkennen, sondern muss die Klage definitiv abweisen. Da § 139 eine Fragepflicht des Richters statuiert, so besteht u. E. in einem solchen Fall wenigstens ein mittelbarer Antwortszwang für die Partei, mittelbar, um eine definitive Abweisung zu vermeiden. Hiemit erledigt sich auch die Frage der Vertreter der Meinung, dass Abweisung angebrachtermassen ergehen müsse, nämlich die Frage wie es sei, wenn der Vorsitzende sein Recht nicht ausübe oder zwar ausübe, aber ohne Erfolg, da das Gesetz keinen Antwortszwang kenne.[3]) Diese übersehen, dass § 139 nicht nur ein Fragerecht, sondern auch eine Fragepflicht des Richters statuiert, dass aber eine Fragepflicht, soll sie nicht illusorisch sein, als Correlat ein gewisser Antwortszwang entgegenstehen muss. Erwähnt sei ferner, dass eine Verletzung des § 139, da dieser eine Pflicht des Vorsitzenden statuiert, einen wesentlichen Mangel im Sinn des § 539 Z.P.O., bildet, ebenso auch Revisionsgrund ist. Vor dem Amtsgericht hat der Amtsrichter eine noch weitergehende

---

[1]) Vgl. Wetzel, S. 544 und 589.
[2]) R.G. Bd. 6, S. 359, Bd. 8, S. 371.
[3]) Komm. z. Z.P.O. von Förster und Engelmann 1904, S. 194, letzter Absatz.

Fragepflicht. Er hat mit den Parteien den Sach- und Streitstand zu erörtern und dahin zu wirken, dass die Parteien über alle erhebliche Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen § 502/503.

Kapitel X.

Anders, wenn die Klageschrift überhaupt nicht begründet ist, mit anderen Worten, Klagtatsachen überhaupt nicht angeführt sind, wenn z. B. bei dinglichen Klagen die causa express fehlt. Hier kann § 268 Z.P.O. nicht angewendet werden, wie aus den Worten „ergänzen und berichtigen" hervorgeht. Ergänzen und berichtigen kann man nur in der Klageschrift schon angeführte Tatsachen; wenn aber überhaupt keinerlei Tatsachen in der Klage enthalten sind, dann kann von einer Ergänzung und Berichtigung nicht mehr die Rede sein.

Per argumentum a maiore ad minus zieht Hellwig[1]) für diesen Fall folgenden Schluss: durch §§ 264, 281 ist der Kläger in die Lage gesetzt, an Stelle der bisherigen Klage eine völlig neue durch blossen mündlichen Vortrag ohne Einwilligung des Beklagten zu setzen, wenn das Gericht zustimmt; folglich darf erst recht der Kläger das etwa fehlende z. B. den Klagegrund ergänzen. Hellwig meint offenbar, Kläger dürfe sowohl schon vorhandene Klagtatsachen ergänzen als auch überhaupt solche erst anführen und zwar dann, wenn nach dem Ermessen des Gerichts die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird. Hiebei ist allerdings zu bemerken, dass Hellwig Anhänger der Individualisierungstheorie ist, was aber zur Lösung unserer Frage nicht von Einfluss sein dürfte.

Was die blosse Ergänzung der Tatsachen anlangt, so haben wir u. E. nachgewiesen, dass deren Zulässigkeit direkt im Gesetz begründet ist und deshalb eine logische Schlussfolgerung hiezu unnötig ist. Im übrigen sind wir der Meinung, dass ein solcher Schluss überhaupt unstatthaft ist. Es handelt sich nämlich um zwei ganz verschiedene Dinge.[2])

§ 264 spricht von einer nach erfolgter Erhebung der Klage möglichen und zulässigen Aenderung des der erhobenen Klage im formellen Sinn — über deren Rechtmässigkeit kein Zweifel obwaltet — zu grunde liegenden Anspruchs.

---

[1]) Recht, Bd. 9, S. 302, Jahrg. 1905.
[2]) Ebenso: Nussbaum Prozesshandlungen 1908 S. 87b, 2. Abs.

Im andern Fall handelt es sich aber um den Akt der Klageerhebung selbst, darum, ob diese selbst wirksam werden kann, obwohl bei der Abfassung der Klage im formellen Sinn gegen eine Vorschrift, die die Form einer Prozesshandlung betrifft, verstossen wurde. Für solche Mängel und deren Heilung besteht aber klipp und klar die Vorschrift des § 295 Z.P.O. Sie werden geheilt, wenn der Gegner auf die Vorschrift verzichtet oder wenn er verhandelt ohne den Mangel zu rügen. Nur dann und nur soweit kann ein solcher Mangel geheilt werden. Wird er geheilt, dann wird die vorher bedingte rechtshängige Klage zu einer unbedingten.

Hellwig schliesst also von der Behandlung eines nach ordnungsmässiger Klageerhebung an die Stelle der ursprünglichen Klage tretenden neuen Klaganspruchs auf die Behandlung einer Klageerhebung, also von der Aenderung des Klaganspruchs im materiellen Sinn auf eine Verbesserung der Klage im formellen Sinn. Ein solcher Schluss aus zwei ganz verschiedenen Materien ist unzulässig. Es bedeutete dies eine Verquickung der Behandlung von materieller Aenderung der Klage und von Verfahrungsmängel formeller Natur. Wir präzisieren unsere Ansicht also dahin: der Kläger kann beim gänzlichen Fehlen des Klagegrundes in der schriftlichen Klage das Fehlende in der mündlichen Verhandlung nur nachholen, wenn der Beklagte auf die Befolgung der diesbezüglichen Vorschriften verzichtet oder, obgleich er erschienen ist, in der ersten mündlichen Verhandlung den Mangel nicht gerügt hat § 295 Z.P.O. Die Anwendbarkeit dieses Paragraphen auf die Vorschriften des § 253 ergibt sich aus dem Satze, dass diese Vorschriften nicht absolut wesentlich sind, sondern weil im Interesse des Beklagten gegeben, seiner Disposition unterliegen. Rügt der Beklagte das gänzliche Fehlen des Klagegrundes als formelles Erfordernis, so muss, da in der Sache selbst nicht entschieden werden kann, die Klage angebrachtermassen abgewiesen werden. Beantragt er aber, die Klage als materiell unbegründet definitiv abzuweisen, so muss der Richter, da hierdurch der Beklagte auf die Befolgung der formellen Vorschriften des § 253 verzichtet hat, von seinem Fragerecht Gebrauch machen und kann erst, wenn dies ergebnislos verläuft, die Klage als unbegründet abweisen.

Eine weitere Besonderheit gilt u. E. noch von dem Erfordernis des § 215, dass nämlich die Ladung zur mündlichen Verhandlung, sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolge, die Aufforderung an den Gegner enthalten müsse, einen bei dem Prozessgericht zugelassenen Anwalt zu bestellen. Tritt hier für den Beklagten ein Anwalt auf, trotzdem die Aufforderung fehlte, so kann dieser

nicht Klagsabweisung angebrachtermassen erzielen. Denn der Zweck der in § 215 enthaltenen Vorschrift ist durch das Erscheinen des Anwalts erreicht. Indem er einen Anwalt bestellte, hat der Beklagte faktisch darauf verzichtet, die ihm bestehende Möglichkeit, den Prozess hinauszuziehen, zu benützen. Erscheint kein Anwalt, so besteht für den Kläger nicht die Möglichkeit, ein Versäumnisurteil zu erlangen § 335, Ziff. 2. Einen weiteren Nachteil hat das Fehlen der Aufforderung für den Kläger nicht. Vgl. Urteil des Oberlandesgerichts Darmstadt vom 26. I. 1906 in Zeitschrift f. Zivilprozess Bd. 38, S. 235.

Kapitel XI.

1) Durch Urteil in der Sache selbst kann ferner nicht entschieden werden, wenn der Beklagte nicht erscheint und eine nicht ordnungsmässige Klageschrift zugestellt worden ist. Fest steht wohl, dass ein Versäumnisurteil nicht erlassen werden kann; nur darüber herrscht Meinungsverschiedenheit, ob nur der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils gemäss § 335, Ziff. 1, zurückgewiesen werden soll, oder darüber hinaus die Klage als unstatthaft angebrachtermassen abgewiesen werden soll. Ob die Klage ordnungsmässig ist, muss im Versäumnisverfahren von Amtswegen beachtet werden. Denn, da der Gegner nicht erschienen ist, kann nicht angenommen werden, er habe auf die Befolgung der Vorschriften des § 253 verzichtet. Da aber diese Vorschriften relativ wesentlich sind d. h. ein Verstoss gegen sie nur geheilt werden kann, wenn der Beklagte verzichtet hat, so muss in diesem Falle die Ordnungsmässigkeit der Klage von Amtswegen geprüft werden. Da die Verstösse des Klägers gegen § 253 durch eigenes Zutun niemals geheilt werden können, so ist der Mangel der Klageschrift nicht zu beseitigen. Richtiger Ansicht nach aber dürfte die Ziff. 1 von § 335 nur den Fall treffen wollen, wo der Mangel eines von Amtswegen zu beachtenden Umstandes nicht absolut feststeht. Vgl. Seuffert, § 335, Anm. 4. Es hat also darüber hinaus das Gericht die Klage angebrachtermassen abzuweisen. Will der Kläger diesem Schicksale entgehen, dann braucht er ja nur den Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils zu unterlassen. Die Kostenpflicht des Klägers ergibt sich aus § 91 Z.P.O. Die Notwendigkeit durch Urteil zu entscheiden, ergibt sich aus § 300 Z.P.O. Da absolut feststeht, dass der Mangel der Klage nicht zu beheben ist,

hat das Gericht die Entscheidung in der Form des End-Urteils, der Abweisung angebrachtermassen ergehen zu lassen, da der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist. Die Prüfung, ob die Klageerhebung in Ordnung ist, geht jeder anderen Prüfung voraus, da, weil durch Erhebung der Klage die Rechtshängigkeit begründet wird, sich die Klage „als Grundlage des ganzen Rechtsstreites" charakterisiert. Die abweisende Meinung Hellmanns[1]), ebenso auch diejenige von Just,[2]) und neuestens Nussbaum's,[3]) dass durch Beschluss einzustellen sei, müssen wir hiermit ablehnen [4])

An sich würde die Ausnahme, dass der Kläger bei ungenügender Substantiierung die Klage verbessern dürfe, auch hier zutreffen. Indess bestimmt hier der § 335 Ziff. 3 zu Gunsten der nicht erschienenen Partei, dass dieser die von der erschienenen Partei vorgebrachten Klagtatsachen vorher rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt sein müssen, wenn Versäumnisurteil ergehen soll. Ist dies nicht der Fall, dann muss der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils durch Beschluss zurückgewiesen werden, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei Vertagung zu beantragen.

Die Klage muss angebrachtermassen abgewiesen werden, wenn der Kläger trotz gänzlichen Fehlens des Klagegrundes Versäumnisurteil beantragt. Ein Nachbringen des Klagegrundes ist wegen mangelnder Zustimmung des Beklagten unmöglich. Die Entscheidung kann daher nur, da in der Sache selbst nicht entschieden werden kann, durch Prozessurteil erfolgen.

2) Erscheint der Kläger nicht, so ist zu unterscheiden: beantragt der Beklagte Abweisung wegen Mangel der Voraussetzung des § 253, so erfolgt diese als Abweisung angebrachtermassen. Beantragt der Beklagte Versäumnisurteil, so hat das Gericht nicht zn prüfen, ob die Klage ordnungsmässig ist, da der Beklagte durch seine Verhandlung zur Hauptsache auf die Rüge der formellen Mängel verzichtet hat. Das Gericht hat vielmehr den ihm vom Beklagten vorgetragenen Anspruch als unbegründet durch Urteil in der Sache selbst abzuweisen. Entbehrt allerdings die Klage jeglicher Begründung, so kann kein Versäumnisurteil, das doch ein Sachurteil sein müsste, ergehen; denn dies wäre ein Urteil ohne Inhalt Da überhaupt ein Klagegrund nicht vorhanden ist, kann auch keine diesbezügliche Rechtskraft eintreten. Es muss also hier notwendigerweise auf Abweisung angebrachtermassen erkannt werden.[5])

---

[1]) Hellmann, Lehrb. S. 467.
[2]) Archiv f. ziv. Prax. Bd. 68, S. 326.
[3]) Nussbaum, die Prozesshandlungen S. 79 ff.
[4]) Siehe noch oben Kap. IX
[5]) Vgl. Hellwig, III, S. 33a. Gaupp-Stein, § 330 II.

Kapitel XII.

Hat der Beklagte auf die Befolgung der Vorschrift des § 253 verzichtet, oder deren Mangel nicht gerügt, so kann der Kläger durch mündlichen Vortrag in der Verhandlung seine Klage verbessern. Die mündlich verbesserte Klage gilt dann als schon durch die Zustellung der mangelhaften Klage erhoben. Handelt es sich ja doch nicht um Neuerhebung einer Klage, sondern nur um Heilung eines Mangels einer, wenn auch fehlerhaft erhobenen Klage. Seuffert ist in der neuesten Auflage seines Kommentars im Gegensatz zu früher der Ansicht, dass die vervollständigte Klage erst durch den Vortrag in der mündlichen Verhandlung anhängig werde.[1]) Er beruft sich hierbei auf § 281, u. E. mit Unrecht. Denn § 281 begreift nur Fälle, wo im Laufe des Prozesses d. h. eines durch einwandfreie Klagerhebung zweifellos unbedingt rechtshängig gewordenen Rechtsstreites neue Ansprüche erhoben werden, wenn z. B. die Klage geändert, erweitert wird, Wiederklage erhoben wird. Nicht aber kann dieser Paragraph angewendet werden, in unserem Fall, wo ja vor der Nichtrüge des Gegners es überhaupt noch in der Schwebe ist, ob eine wirksame Klageerhebung besteht, und erst durch die Nichtrüge des Gegners oder dessen Verzicht die durch die Zustellung der ordnungswidrigen Klage bedingt wirksame Klageerhebung erst zu einer endgültig wirksamen werden muss. Die Anwendung dieses Paragraphen ist daher aus demselben Grund auf die Entscheidung der vorliegenden Frage unanwendbar, aus dem auch der oben besprochene Schluss Hellwigs nicht zuzulassen ist.

Ob der Kläger formelle Mängel der Klageschrift durch nachträgliche Zustellung eines Schriftsatzes ohne Mitwirkung des Beklagten heilen kann, ist bestritten. Sicher ist dies möglich, wenn durch das ergänzende Schriftstück Klagtatsachen ergänzt oder berichtigt werden. Denn wie gezeigt, kann dies der Kläger tun ohne dass der Beklagte widersprechen kann. Erfolgte diese Ergänzung durch Schriftsatz selbst ohne Beobachtung der Einlassungsfrist, so dürfte dies dem Kläger gleichwohl nichts schaden. Denn da der Beklagte, wenn Kläger sich im Termin auf die im nachträglichen Schriftsatz enthaltenen Tatsachen beruft, nicht widersprechen kann, so kann man sagen, dass die ursprünglich unvollständige Klage schon durch die Zustellung des ergänzenden Schriftsatzes zu einer ordnungsmässigen Klage

1) Seuffert Komm. 11. Aufl. § 253 B. 5, a, b.

wurde. Da aber bei einem so gelagerten Fall wegen § 268, Ziff. 1, eine Ergänzung immer möglich ist, so ist für die hier prinzipielle Frage, ob eine Heilung der nicht ordnungsmässigen Klage durch Zustellung eines ergänzenden Schriftsatzes möglich ist, hiermit nichts gewonnen.

Bei solchen Mängeln, die, wenn sie durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung geheilt werden sollen, der Einwilligung des Beklagten bedürften, hilft u. E. eine blosse Zustellung eines den Mangel ergänzenden Schriftsatzes nichts. Denn nach § 253 ist eine Klageerhebung nur dann voll wirksam, wenn ein Schriftstück zugestellt wurde, das den Anforderungen des § 253 genügt. Eine Klageerhebung durch successive Zustellung mehrerer Schriftsätze ohne Genehmigung des Beklagten dürfte demnach ausgeschlossen sein,[1])

Dass man indess auch für die andere Meinung sich mit einigem Grund entscheiden kann, dürfte daraus zu ersehen sein, dass Seuffert lange Zeit in seinem Kommentar die von uns gebilligte Meinung vertrat. Erst in der 11. Auflage[2]) hat er seine Ansicht geändert und vertritt jetzt die Meinung, dass eine Heilung der mangelhaften Klage durch Zustellung eines ergänzenden Schriftsatzes stattfinden könne.

Nach der von uns vertretenen Ansicht wird die Klageerhebung erst dann giltig, wenn der Beklagte der Verbesserung durch successive Zustellung ergänzender Schriftstücke nicht widerspricht. Erfolgt die Heilung des Verstosses, gegen § 253, so gilt u. E. die Klage im Zeitpunkte des letzten ergänzenden Schriftsatzes als erhoben, da erst dann der Klageschriftsatz eigentlich fertig ist. Es ist dies geradeso wie bei einem Werk, das in Lieferungen erscheint. Wie dieses erst mit der letzten Lieferung vollendet ist, so ist auch, da die Klage hier sozusagen, in Lieferungen erschienen ist, dieselbe erst vollendet, mit der Lieferung des letzten ergänzenden Schriftstückes.

---

1) Ebenso: Nussbaum die Prozesshandlungen 1908 S. 87 b. Abs. 1; s. auch Anm. 36. a. a. O.

2) Seuffert: Komm. § 253 B. II. 5 a. a.

Schluss.

Aus den bisherigen Ausführungen können wir entnehmen, dass es auch in der Z.P.O. noch eine Abweisung wegen Mängel angebrachtermassen der Klage gibt, aber nur eine solche wegen formeller Mängel der Klage und erst im Termin zur mündlichen Verhandlung.[1]) Auf Abweisung angebrachtermassen ist nach obigem also zu erkennen,

einmal, wenn der erschienene Beklagte die Mängel der Klage rügt,

ferner, wenn der Beklagte nicht erscheint, und der Kläger, trotz formeller Mängel Versäumnisurteil beantragt,

endlich, wenn der Kläger nicht erscheint, und der Beklagte wegen formeller Mängel Abweisung beantragt.

Eine eigene Behandlung erforderte ein Verstoss gegen die Vorschrift des § 253, Ziff. 2 und zwar wegen der formellen und zugleich materiellen Natur dieses Erfordernisses.

Ist die Klage bloss mangelhaft, dann kann der Kläger die Klage selbst verbessern; tut er dies nicht, so muss der Richter auf Verbesserung dringen. Hilft dies nichts, dann erfolgt eine Abweisung der Klage durch rechtskräftiges Urteil in der Sache selbst, nicht mehr durch Abweisung angebrachtermassen, wie im gemeinen Prozessrecht. Abweisung angebrachtermassen findet hinwiederum statt bei vollständigem Fehlen des Klagegrundes, es sei denn, dass der Beklagte eine Nachbringung zulässt.

Die Prüfung der Klage auf ihre formellen Bestandteile hin erfolgt jetzt erst in der mündlichen Verhandlung auf Antrag. Die Abweisung der Klage erfolgt gegebenenfalls durch Urteil. Im gemeinen Recht wurde die Klage wegen formeller Mängel schon a limine zurückgewiesen und zwar durch decretum, das vom Richter abänderbar war. Jetzt gibt es eine Abweisung a limine nur noch bei Mängeln der Ladung, während im übrigen jede Abweisung a limine ausgeschlossen ist. Abgesehen von dieser Ausnahme erfolgt die Abweisung angebrachtermassen jetzt nur auf Antrag im Termin. Dies ist ganz klar, wenn beide Teile erschienen sind oder der Kläger nicht erschienen ist. Ist der Beklagte aber nicht erschienen, so gibt der Antrag des Klägers auf Entscheidung zur Sache den Anstoss zur Prü-

---

1) Einzige Ausnahme: Zurückweisung der Klage a limine wegen Mängel des Ladungsformale. Siehe S. 41 Ziff. 3 und S. 34.

fung der Ordnungsmässigkeit der Klage von Amts wegen. Eigentliche Ursache der Abweisung angebrachtermassen ist aber der Antrag des Klägers.

Um den Unterschied zwischen einst und jetzt noch einmal zum Schluss kurz zu charakterisieren, werden wir sagen können: Die Klage, die wegen formeller Mängel einst vom Richter durch decretum, das vom Richter abänderbar war, a limine zurückgewiesen wurde, wird jetzt vom Richter durch Urteil angebrachtermassen zurückgewiesen, nicht a limine, sondern erst in der mündlichen Verhandlung und nur auf Antrag.